Die Einheit des Rechtsinstituts der Auflösung bei der offenen Handelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Wilhelms-Universität Breslau

vorgelegt von

Franz Friedrich Neumann
Referendar in Gleiwitz.

BRESLAU 1932.
Hochschulverlag Breslau.
Druck von Karl Vater, Breslau 5, Siebenhufener Straße 11/15

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Eugen Rosenstock-Hüssy.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Schwester
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalt.

Einleitung.

I. Was bezweckt die Arbeit (Problemstellung).

II. Ueber den Begriff der Auflösung bestehen drei Theorien: Fiktionstheorie — Successionstheorie — Identitäts- oder Kontinuitätstheorie — und was hieraus folgt.

III. Die Auflösungsgründe im allgemeinen, ihre Einteilung nach verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten — § 131 HGB. zählt sämtliche Auflösungsgründe der offenen Handelsgesellschaft erschöpfend auf.

Hauptteil.

IV. Führen die Auflösungsgründe des § 131 Ziffer 1—6 die offene Handelsgesellschaft notwendig zum Ende oder kann sie in jedem Stadium der Auflösung als alte Handelsgesellschaft neu aufleben? Ist dies der Fall bei

1) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Ablauf der Zeit,

2) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter,

3) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaften durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft,

4) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters,

5) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters.

6) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Kündigung,

7) der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliche Entscheidung?

V. Abschließende Zusammenfassung.

Schluß.

Die Folgen der Auflösung.

Literaturverzeichnis.

Auerbach, Dr. W. Das neue Handelsgesetz, I. Abtlg. Frankfurt a. M. 1863.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig 1886.

Brand, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Heidelberg 1853—60.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. Stuttgart 1930.

Cosack, Konrad und Heinrich Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Jena 1924.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. J. Guttentag, Berlin 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Halle 1901.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, I. Bd. Personen des Handelsrechts von Viktor Ehrenberg, Leipzig 1913.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels, See- und Wechselrechtes, Leipzig 1881.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlich. Rechts, Marburg 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin-Leipzig 1929.

Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1905.

Goldschmidt-Lewin, Universalgeschichte des Handelsrechts, Abtlg. I, Stuttgart 1891.

Goldschmidt, L., Alte und neue Form der Handelsgesellschaft, Berlin 1892.

Haak, Georg, Zur Lehre von der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, Doktordissertation, Borna-Leipzig 1905.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Braunschweig 1894.

Hedemann, Justus Wilhelm, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, Mannheim-Berlin-Leipzig 1922.

Heinsheimer, Karl, Handels- und Wechselrecht in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abtlg. Rechtswissenschaften von Kohlrausch und Kaskel Bd. XII.

Heinsheimer Rudolf, Ueber die Teilhaberschaft, Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaften in Heidelberger rechtswissenschaftlichen Abhandlungen 10—13, 1930 und 1931.

Hillebrand, I. H., Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels- und Lehnsrechtes, Leipzig 1864.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1916.

Kaufmann, Dr. Paul, Die Rückgängigmachung der Auflösung bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften, in Gesellschaftrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Artur Nußbaum, Abhandl. 21—15, 1930.

Keyssner, G., Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nach Rechtssprechung und Wissenschaft erläutert, Stuttgart 1878.

Keyssner, Hugo, Die Erhaltung der Handelsgesellschaften gegen die Auflösungsgründe des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, Berlin 1870.

Könige Handausgabe des Handelsgesetzbuches, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1929.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaft, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 30—31.

Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften in der Festgabe von Dernburg, Halle 1900.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig 1896.

Lehmann-Höniger, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig 1921.

Lehmann-Ring Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1914.

Litthauer-Mosse, Handelsgesetzbuch Berlin, Leipzig 1926.

Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Berlin 1901.

Materialien zum deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.

Müller-Erzbach, Lehrbuch des Handelsrechts, II./III. Aufl., Tübingen 1928.

Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II.,2, Berlin 1928.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von J. Lutz, I. Teil, Würzburg 1858.

Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft, Leipzig 1881.

Ritter, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.

Schafheutle, Dr., Josef, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, in Abhandlungen zum bürgerlichen Handels- und Arbeitsrecht, herausg. von Dr. Heinrich Höniger, 2—6, 1927—31.

Starke Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Stille Gesellschaften, Berlin-Leipzig 1928.

Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig, 12. und 13. Aufl., 1926.

Staudinger, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. II, Teil 3, München-Berlin-Leipzig 1929.

Thöl Dr., Heinrich, Das Handelsrecht in Verbindung mit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Göttingen 1862.

Thöl Dr., Heinrich, Das Handelsrecht, Leipzig 1879.

Tuhr Andreas, von, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München-Leipzig 1910—1918.

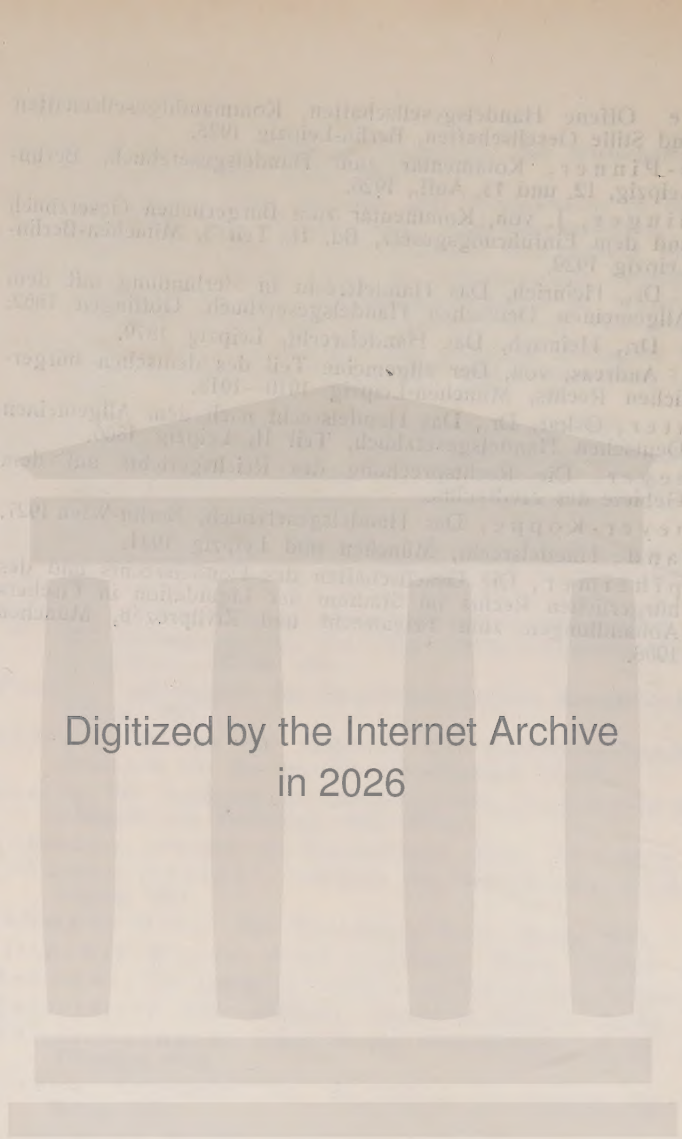
Wächter, Oskar, Dr., Das Handelsrecht nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Teil II, Leipzig 1866.

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Warneyer-Koppe, Das Handelsgesetzbuch, Berlin-Wien 1927.

Wieland, Handelsrecht, München und Leipzig 1931.

Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, München 1908.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543117_0010

I. Ziel und Zweck der Arbeit.

Die offene Handelsgesellschaft wird wie jede Gesellschaft des Handelsrechts und wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts durch den Eintritt gewisser juristischer Tatsachen aufgelöst. Diejenigen Tatsachen, die die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft herbeiführen, zählt das Gesetz in § 131 HGB. erschöpfend[1]) auf. Das BGB. spricht im vierzehnten Titel (§§ 726, 727 BGB.) sowohl von einem Auflösen als auch von einem Endigen der Gesellschaft, ohne beide Worte zu unterscheiden, und bringt damit zum Ausdruck, daß gemeingebräuchlich Auflösen gleich Endigen ist, während das Handelsgesetzbuch nur das Wort Auflösen verwendet.

Grundsätzlich hört also eine Gesellschaft, die aufgelöst wird oder die endigt, zu existieren auf, d. h. die Rechtsgemeinschaft der Gesellschafter untereinander entfällt. Ob dies für die Auflösungsgründe des § 131 HGB. Geltung hat oder ob dem Satz in § 131 HGB. „die Gesellschaft wird aufgelöst" eine andere Bedeutung beizumessen ist, wird im Verlaufe dieser Abhandlung eingehend erörtert werden. Bei der Untersuchung des Begriffes Auflösung im Sinne des § 131 HGB. ergibt sich die Notwendigkeit darauf einzugehen, wie das Handelsgesetzbuch im § 131 den Satz „die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst" aufgefaßt wissen will, wobei sich zwei Möglichkeiten ergeben.

Erstens: Ob die Auflösungsgründe des § 131 HGB. die offene Handelsgesellschaft notwendig der Beendigung entgegentreiben, also zwingend das Aufhören die Beendigung der Rechtsgemeinschaft der Gesellschafter untereinander fordern, oder ob zweitens einzelne Auflösungsgründe nachgiebiger Natur sind, d. h. die Möglichkeit offen lassen, in dem jeweiligen Stadium der Abwicklung die alte offene Handelsgesellschaft wieder aufleben zu lassen.

---

1) Darüber siehe Abschnitt III.

Schon jetzt sei darauf hingewiesen, daß ein einheitlicher Gesichtspunkt sämtliche Auflösungsgründe durchdringt. Die im Gesetz aufgezählten juristischen Tatsachen, in Zukunft kurz Auflösungsgründe genannt, führen lediglich einen Zustand herbei, in welchem es sich entscheiden wird, ob die Gesellschaft enden wird oder nicht.

Ausgehend von dem Begriff der Auflösung und ihrer theoretischen Erörterung in Gesetz und Literatur wird in Abschnitt II der große leitende Gesichtspunkt der Einheit der Auflösungsgründe der offenen Handelsgesellschaft, d. h. die Möglichkeit des Auflebens der alten offenen Handelsgesellschaft trotz Eintritt eines Auflösungsgrundes hervorgehoben. Ueberleitend über die Auflösungsgründe im allgemeinen (III. Abschnitt), der sich mit der verschiedenen Einteilung der Auflösungsgründe beschäftigt, kommt die Arbeit im Abschnitt IV zu den einzelnen Auflösungsgründen. Bei der Abhandlung der einzelnen Auflösungsgründe des § 131 HGB. ist darauf hingewiesen, daß mit Eintritt eines Auflösungsgrundes nicht notwendig das Aufhören jeder Rechtsgemeinschaft unter den Gesellschaftern verbunden ist, mit anderen Worten, daß es den Gesellschaftern in jedem Stadium der Auflösung freisteht, die alte offene Handelsgesellschaft als dasselbe Rechtssubjekt wieder aufleben zu lassen.

II. Über den Begriff der Auflösung im Sinne des § 131 H.G.B.

In der Literatur herrscht über den Begriff der Auflösung keine Einigkeit. Verschiedene Schriftsteller haben versucht, den Begriff näher zu bestimmen, jedoch mit abweichenden Ergebnissen.

Die Einleitung des § 131 HGB. „die Gesellschaft wird aufgelöst" wurde der Ausgangspunkt für die älteste Theorie, die sogenannte Fiktionstheorie. Danach hat „Auflösung" die Bedeutung, daß die Gesellschaft nach Eintritt der im Gesetz aufgeführten juristischen Tatsachen ohne weiteres zu bestehen aufhört, der Art, daß nun ein nullum vorhanden ist. Ein hervorragender Vertreter[1]) dieser Richtung definiert den Auflösungsvorgang wie folgt: „Mit dem Augen-

1) Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Heidelberg 1853-60.

blick der gehörig veröffentlichten Auflösung der Gesellschaft hört sie auf, als Kollektivperson zu existieren und unter der Firma verpflichtet werden zu können. Mit ihrer Auflösung ist auch die Firma als die ihrige erloschen. Es kann also keiner der gewesenen Gesellschafter von da an die Firma als einen Gesamtnamen der Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft gebrauchen. Dieser hat für den Handelsbetrieb völlig zu sein aufgehört." Mit anderen Worten die Auflösung der offnenen Handelsgesellschaft stellt sich als ein Momentakt dar. Das praktische Ergebnis dieser Auffassung ist folgendes: Der Gesellschaft würde hinfort sowohl im Prozesse als auch auf dem Gebiete des materiellen Rechtes jede Möglichkeit fehlen, als Verband aufzutreten. Dritten würde entweder überhaupt keine Gegenpartei mehr gegenüberstehen oder nur die einzelnen Mitglieder der ehemaligen Gesellschaft.

Die Einordnung der zu liquidierenden OHG. in die von dieser Theorie aufgestellten Grundsätze begegnete Schwierigkeiten. Sie sucht sich zu helfen, indem sie zu einer Fiktion — daher der Name Fiktionstheorie — greift und für diesen Fall (Liquidation) das Fortbestehen der OHG. unterstellt[2]). Diese Theorie ist abzulehnen.

Schon bei Durchsicht der in Frage kommenden Vorschriften des ADHGB. ergibt sich, daß nach Eintritt der sogenannten Auflösungstatsachen die Gesellschaft bis zur Verteilung des letzten Gesellschaftsvermögens rechtlich und tatsächlich fortbesteht[3]). Unzweideutig geht dies aus dem neuen HGB. hervor. Dies hat in verschiedenen Bestimmungen dafür gesorgt, daß trotz der Auflösung der Gesellschaft, um den Gläubigern Befriedigung zu gewähren, diese selbst und ihr Vermögen erhalten wird. Ihren Vertretern ist die Verpflichtung auferlegt, die laufenden Geschäfte zu beendigen und die noch bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen. § 149 HGB. bestimmt nämlich „die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen . . . . . Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich". Dieser letzte Satz stellt fest, daß die Gesellschaft nicht nur fingiert wird, sondern daß sie tatsächlich noch vorhanden sein muß. In demselben Sinne spricht der § 156 HGB. davon, daß

2) Vgl. auch O. Wächter a. a. O., Teil II, S. 50 Anm. 3.
3) Thöl, Bd. 1, Leipzig 1879, S. 334.

bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältnis der bestehenden Gesellschafter untereinander, sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels, also die Vorschriften, die vor der Liquidation maßgebend sind, Geltung haben sollen. Eine Gesetzesbestimmung, die ohne die Voraussetzung, daß die Verbundenheit unter den Gesellschaftern noch nicht aufgehoben ist, völlig sinnlos wäre.

Im Rahmen dieser Ausführung bedarf der § 158 HGB. einer besonderen Erwähnung, da er den Gesellschaftern die Möglichkeit gibt, eine andere Art der Auseinandersetzung als die Liquidation zu vereinbaren. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Gebundenheit der Gesellschafter untereinander auch für diesen Fall fortbesteht.

Im § 158 HGB. wird hierüber nur gesagt, daß, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnis zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, woraus nicht ohne weiteres gefolgert werden kann[4]), daß auch in diesem Falle eine Gebundenheit der Gesellschafter fortbesteht. Führt nämlich die besondere Art der Auseinandersetzung zu einem Ende, dann wird die Gebundenheit der Gesellschafter untereinander nicht offenbar. Sie tritt aber in dem Augenblick zu Tage, in welchem die geplante besondere Auseinandersetzung scheitert. Denn dann sind die Gesellschafter gezwungen, zur Liquidation zu greifen, falls sie die Gesellschaft noch auflösen wollen. Greifen sie aber zu Liquidationen, dann findet § 156 HGB. Anwendung, aus dessen Wortlaut, wie oben ausgeführt, die Gebundenheit der Gesellschafter untereinander zu entnehmen ist. Also besteht diese für die gescheiterte besondere Art der Auseinandersetzung festgestellte Gebundenheit selbstverständlich auch bei erfolgreicher besonderer Art der Auseinandersetzung.

Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft im Konkurse kann nach dem Wortlaut des § 144 gar nicht bezweifelt werden. Nach dieser Vorschrift wird die Gesellschaft gemäß § 131 HGB. durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst. Bei Aufhebung des Konkurses nach Abschluß eines Zwangsvergleiches (§ 190 KO.) oder nach

4) So auch KGE. in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 6, S. 168.

Einstellung des Konkurses auf Antrag des Gemeinschuldners (§ 202 KO.) können die Gesellschafter gemäß § 144 HGB. die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Aus dieser Vorschrift folgt, daß eine bereits infolge der Eröffnung des Konkurses beendete, nur fingiert bestehende Gesellschaft nicht mehr fortgesetzt werden könnte. Es käme lediglich eine Neugründung der Gesellschaft in Frage, wären die Gesellschafter nicht mehr durch ein rechtliches Band zusammengehalten.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Gesetz genügend Handhaben auch nach Eintreten eines Auflösungsgrundes des § 131 HGB. für das Fortbestehen der Gesellschaft bietet, sodaß es sich erübrigt, dies mit der Fiktionstheorie zu fingieren. Ebenso abwegig ist die Successionstheorie. Die hauptsächlichsten Vertreter dieser Theorie sind Gierke[5]), von Hahn[6]) und Renaud[7]). Nach diesen hört mit der Auflösung die Existenz der Gesellschaft als solche auf, geht aber nicht restlos unter, sondern die Personen und Sachen bleiben als einzelne zurück. Während das von den Gesellschaftern für die Gemeinschaft erworbene Vermögen zurückbleibt, fällt das die einzelnen Mitglieder bisher zusammenhaltende personenrechtliche Band derart auseinander, daß die Einheit in den Personen zu existieren aufhört. Die offene Handelsgesellschaft verwandelt sich in eine communio, da die bisherigen Mitglieder der Gesellschaft in einer durch die ungeteilte und zunächst auch unteilbare Vermögensmasse bedingten Interessengemeinschaften stehen. Nach Gierke[8]) entbehrt diese Vermögensgemeinschaft der produktiven Kraft und ist zum Untergehen bestimmt. Aber die Teilhaber bilden unter sich und für Dritte eine Personeneinheit. Die bestehende „Gemeinschaft" besitzt keine lebendige Gesamtpersönlichkeit mehr, sondern ist nur die zur Trägerin des Nachlebens einer Gesamtperson berufene Vielheit ihrer fortlebenden Glieder[9]).

Die positiven Bestimmungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches und des neuen Handelsgesetzbuches lassen sich nicht mehr mit dieser Theorie in Einklang brin-

---

5) Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
6) v. Hahn, Kommentar zum ADHGB., Braunschweig 1894.
7) Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft, Leipzig 1881.
8) Gierke a. a. O. S. 488—89.
9) Gierke, a. a. O. S. 894, von Hahn S. 573.

gen. Artikel 144 des ADHGB. bestimmte und § 156 des HGB. bestimmt, daß bis zur Beendigung der Liquidation hinsichtlich des Rechtsverhältnisses der bestehenden Gesellschaft untereinander und der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels Anwendung finden, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel (Liquidation der Gesellschaft) oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt[10]). Aus diesen Bestimmungen folgt zweifelsfrei, daß eine Umwandlung der Gesellschaft und damit ein Subjektwechsel nicht stattfindet.

Die Gesellschaft besteht also solange fort und zwar unverändert in ihrer äußeren und inneren Beschaffenheit, bis sie ihre Rechte und Verbindlichkeiten, die sie im Verhältnis zu Dritten übernommen hat, ordnungsgemäß erledigt hat. Auflösung heißt demnach nichts anderes, als daß vom Eintritt der Auflösungstatsachen an nach und nach die Beendigung der Gesellschaft erfolgt, daß sie aber bis zu ihrer endgültigen Auseinandersetzung fortbesteht. Diese Ansicht geht mit der heute als vorherrschend zu bezeichnenden Identitäts- oder Kontinuitätstheorie[11]) konform. Die Auflösung der Gesellschaft führt diese wohl ihrem Ende entgegen, beraubt sie aber zunächst nur ihrer positiven Erwerbsfähigkeit. Die in § 131 aufgeführten Auflösungsgründe sind also nur dem Namen nach solche. Sie lösen den Personenverband nicht unmittelbar auf, sondern durch sie wird lediglich die Grundlage für eine Auflösung geschaffen. Durch sie wird nur bewirkt „Fortfall der werbenden Grundlage im Betriebe der Gemeinschaft mit dem Ziele der Aufhebung der Wirtschaft für gemeinschaftliche Rechnung und lösen einen Anspruch des einzelnen Gesellschafters aus auf Auseinandersetzung des ihn betreffenden Reinvermögens der Gesellschaft“[12]).

10) Thöl, Bd. 1, Leipzig 1879 S. 334. — Vgl. auch Auerbach, Das neue Handelsgesetz, 1. Abteilg., Frankfurt a. M. 1863 S. 125, 126.

11) Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften in der Festgabe für Dernburg, Halle 1900, Seite 210 ff. — Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin und Leipzig 1886, S. 564/66. — Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1926. — Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Mannheim-Berlin-Leipzig 1917, Seite 516. — Litthauer-Mosse, Das Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1926. Anm. 1 zu § 131. — Warneyer-Koppe, Das Handelsgesetzbuch, Berlin-Wien 1927, S. 143. — ROHG. 16, 286; 19, 163; — RGE. 16,2; 24,71; 28, 132; 54, 280 J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Berlin-Leipzig 1929.

12) Lastig a. a. O. Seite 212.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die im Gesetz aufgezählten juristischen Tatsachen (Auflösungsgründe)[13]) die offene Handelsgesellschaft nicht ipso jure auflösen. Sie führen einen Zustand herbei, in dem sich entscheidet, ob die Gesellschaft endet[14]). Der in § 143 HGB. verlangten Eintragung der Gesellschaft kommt nur die Bedeutung der Bekanntgabe an die Außenwelt zu, daß die Auflösung beginne. Die Gesellschaftsfirma erlischt erst mit dem Untergange des die Gesellschafter zusammenhaltenden rechtlichen Bandes, also zu dem Zeitpunkt, in welchem es gelungen ist, die Gesellschaft aus allen rechtlichen und wirtschaftlichen Verkettungen zu lösen und kein mehr zu verteilendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist[15]).

III. Über die Auflösungsgründe im allgemeinen.

In § 131 werden die Auflösungsgründe der offenen Handelsgesellschaft erschöpfend aufgezählt; und zwar unter folgenden Gesichtspunkten: Die unter 1) und 2) angeführten Auflösungsgründe (Beschluß der Gesellschafter, Ablauf der Zeit) werden von einem übereinstimmenden Willen aller Gesellschafter abhängen. In Ziff. 3—5 ist von Endigungsgründen die Rede, die unabhängig von dem Willen der Gesellschafter sind (die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft, Tod eines Gesellschafters, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderes ergibt, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters). Ziff. 6 letzten Endes spricht von einer Auflösung durch einseitige Willenserklärung eines Gesellschafters (durch Kündigung von Seiten eines Gesellschafters oder dessen Privatgläubigers).

Nach Gierke[1]) berücksichtigt der Gesetzgeber bei Normierung der Auflösungsgründe ein dreifaches: Einmal bringt die Wesentlichkeit der Individualität jedes einzelnen Ge-

---

13) Obwohl nach dem Gesagten die allgemein gebräuchliche Bezeichnung „Auflösungsgründe" nicht richtig ist, soll in dieser Bezeichnung nicht abgewichen werden.

14) Wieland, Handelsrecht, München-Leipzig 1931, Seite 679.

15) Dr. Paul Kaufmann a. a. O., Seite 6.

1) Gierke a. a. O., Seite 487.

sellschafters für den Bestand der Gesellschaft zur Geltung[2]), dann schützt er die individuelle Freiheit in der bei einer so engen Personenverbindung erforderlichen Weise[3]) und schließlich stellt er die Interessen Dritter sicher[4]).

Die in § 131 aufgezählten Auflösungsgründe waren bereits alle im ADHGB. (Artikel 123) enthalten. Als weiterer Auflösungsgrund, der in das neue Handelsgesetzbuch nicht mit übernommen wurde, fand sich noch die bei einem Gesellschafter eintretende rechtliche Unfähigkeit zu selbständiger Vermögensverwaltung. Ebenso ist dem neuen Handelsgesetzbuch die Erreichung des vereinbarten Zweckes und die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes als Auflösungsgrund unbekannt. Diese Auflösungsgründe der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (726 BGB.) sind für eine Gelegenheitsgesellschaft typisch, aber mit voller Absicht nicht im Handelsgesetzbuch aufgeführt. Es entspricht der Wichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft für den Verkehr, daß sie gegen Auflösungsgründe widerstandsfähiger ist als die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft[5]). Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die meistens eine Gelegenheitsgesellschaft sein wird, erschien es zweckmäßig, von dem Gesichtspunkt auszugehen, daß eine Auflösung der Gesellschaft schnell und leicht vonstatten gehen kann. Es wird sich ferner bei der offenen Handelsgesellschaft schwer erkennen lassen, ob der Gesellschaftszweck erreicht werden kann oder ob seine Erreichung unmöglich geworden ist. Ebenso können mit Rücksicht auf das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten die in § 72 6aufgeführten Auflösungstatsachen nicht als Auflösungsgründe, die von Rechts wegen die Gesellschaft auflösen, angesehen werden. Düringer-Hachenburg[6]) vertritt zwar die Ansicht, daß die im § 131 HGB. aufgeführten Auflösungsgründe nicht erschöpfend aufgezählt sind. Er will sie daher durch die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes ergänzt wissen, wie ja schon § 105 Absatz II HGB. auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches verweist. Seiner Ansicht ist nicht beizupflichten.

---

2) Tod, Kündigung, Gerichtliche Entscheidung.

3) Zeitablauf, Beschluß der Gesellschafter, Kündigung, gerichtliche Entscheidung.

4) Konkurs eines Gesellschafters, Gesellschaftskonkurs, Kündigung eines Privatgläubigers.

5) Dernburg, Das bürgerliche Recht II. Band, 2. Abt., Halle 1901, Seite 565.

6) Düringer-Hachenburg a. a. O., Seite 526 ff.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes „die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst“ geht hervor, daß das Gesetz die Endigungsgründe in diesem Paragraphen erschöpfend aufgezählt haben will. Auch aus der Denkschrift[7]) und dem Kommissionsbericht[8]) ergibt sich, daß die in 726 BGB. genannten Endigungsgründe mit voller Absicht nicht in das Handelsgesetzbuch aufgenommen wurden, da die Bejahung oder Verneinung der in 726 BGB. angeführten Gründe nur zu Streitigkeiten Anlaß geben könnten und es aus diesem Grunde richtiger sei, die Auflösung in diesem Falle gemäß § 131 des Entwurfes (§ 133 HGB.) zu verlangen, zumal die Erreichung oder das Unmöglichwerden des Gesellschaftszweckes in jedem Falle ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft sein werde.

Abschließend ist festzustellen, daß die Auflösungsgründe der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (726 BGB.) nicht zur Ergänzung für die offene Handelsgesellschaft heranzuziehen sind und daß der Gesetzgeber die Auflösungsgründe des § 131 HGB. mit voller Absicht anders gestaltet hat. Es liegt hier also ein Fall vor, in welchem gemäß § 105 Abs. II HGB. das Bürgerliche Gesetzbuch ausgeschlossen ist, weil das Handelsgesetzbuch insoweit ein anderes bestimmt hat.

IV. Die Auflösungsgründe der offenen Handelsgesellschaft.

1. Ablauf der Zeit.

Die Zeitdauer der offenen Handelsgesellschaft ist entweder bestimmt oder unbestimmt. Der Endtermin der offenen Handelsgesellschaft wird dabei entweder gleich bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder durch nachträgliche Uebereinkunft sämtlicher Gesellschafter festgelegt.

Man wird von einer bestimmten Dauer zunächst immer dann sprechen, wenn der Endtermin der Gesellschaft kalendermäßig festliegt. Aber auch dann wird von einer Dauer der Gesellschaft für bestimmte Zeit gesprochen wer-

7) Denkschrift Seie 104.
8) Materialien Seite 234.

den können, wenn die Dauer mit dem Ende eines gegebenen Verhältnisses zusammentreffen soll, z. B. mit der Aufhebung eines Einfuhrverbotes, mit dem Erlöschen eines Patentes. Wenn auch hier der Endtermin nicht einwandfrei feststeht, so wird er doch stets für die Zukunft einigermaßen voraussehbar sein.

Ist das Ende einer Gesellschaft von dem Eintritt einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht, so kann das bedeuten, daß die Gesellschaft bestimmt bis zu ihrem Eintritt dauern solle. Es kann aber ebenso den Sinn haben, die Dauer der Gesellschaft sei unbestimmt, spätestens aber mit dem Eintritt dieser Bedingung wird sie aufgelöst werden. In dem einen Falle liegt eine Gesellschaft mit bestimmter Zeitgrenze vor, in letzterem Falle eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer. Ebenso wird eine Gesellschaft dann für unbestimmte Dauer eingegangen sein, wenn das Ende insofern unbestimmt ist, als es mit einem zeitlich nicht zu berechnenden Zustand zusammenfallen soll, z. B. das Ende eines Krieges. Wenn die Gesellschaft ohne jede Bestimmung über ihre Dauer gegründet worden ist, liegt gleichfalls eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer vor. Dasselbe gilt kraft positiver Gesetzesbestimmung (§ 134 HGB.) für eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist, oder nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird. Eine Gesellschaft, die auf die Dauer von 100 Jahren eingegangen ist, wird ebenfalls als eine Gesellschaft, für unbestimmte Zeit eingegangen, zu gelten haben. Ist nämlich durch § 134 HGB. bestimmt, daß eine Gesellschaft für die Lebensdauer eines Gesellschafters eingegangen, einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleichzusetzen ist, so wird dies umsomehr dann der Fall sein, wenn eine Frist gewählt ist, die die Lebensdauer eines Menschen weit überschreitet[1]).

Wenn das neue Handelsgesetzbuch von einer nach Ablauf ihrer Dauer stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft spricht (§ 134 HGB.), so bringt es damit zum Ausdruck, daß der Ablauf der vereinbarten Zeit die Beendigung der Gesellschaft nicht unbedingt herbeiführt[2]). Es kann durch Beschluß

1) ROHG. 13 Seite 418.

2) Ebenso war im alten Handelsgesetzbuch (Art. 123 Ziff 5) ausgedrückt, daß die Gesellschaft nur für den Fall durch Zeitablauf aufgelöst wird, wenn die Gesellschafter diese nicht stillschweigend fortsetzen. In letzterem Falle galt sie von diesem

sämtlicher Gesellschafter jederzeit vereinbart werden, daß der ursprüngliche Beendigungstermin der Gesellschaft aufgehoben oder an Stelle des ursprünglichen ein neuer Termin vereinbart wird. Ein solcher Beschluß kann von den Gesellschaftern entweder vor Eintritt des etwa kalendermäßig festgesetzten Endtermines vereinbart werden oder bis zum Eintritt des Ablaufes einer Endfrist. Selbst, wenn sich die Gesellschaft schon im Stadium der Liquidation befindet, kann sie durch nachträglichen Beschluß wieder fortgesetzt werden[3]). Diese Möglichkeit erhellt der § 144 HGB., der bestimmt, daß im Falle des Konkurses oder nach Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die Firma noch nicht gelöscht ist.

Die Möglichkeit der Fortsetzung nach dem Eintritt des Auflösungstermines ist in der Literatur lange umstritten gewesen. Nach Renaud[4]) war die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft nach der Auflösung an sich zulässig. Es durfte indessen eine Unterbrechung der Kontinuität nicht stattgefunden haben, mit anderen Worten, es durfte zwischen dem Ablauf der Zeit und der Fortsetzung der Gesellschaft nichts geschehen sein, das darauf schließen ließ, daß die alte Gesellschaft aufgelöst sein solle. Wimpfheimer[5])läßt diese Ansicht nicht gelten und tritt dafür ein, daß die Auflösung im allgemeinen nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte und daß § 144 HGB. eine Ausnahme bilde. Er erklärt, daß der Beschluß, der die durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft fortsetzt, nichts weiter als eine Neugründung der Gesellschaft bedeute. Richtig ist, wie oben bereits ausgeführt, die von Hahn[6]) vertretene Ansicht. Er hält es für gleichgültig, wann der Beschluß, der die Gesellschaft fortsetzt, gefaßt wird, ob sofort beim Eintritt des Endtermines oder später.

Zeitpunkt ab als für unbestimmte Zeit eingegangen. — Vgl. dazu Auerbach a. a. O., S. 129.

3) Hahn zu Art. 123 § 2 Seite 472.

4) Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881.

5) Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, München 1908.

6) Frhr. von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Band I, 4. Aufl., Leipzig 1894.

Der Fortsetzungsbeschluß kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend, d. h. durch schlüssige Handlungen gefaßt werden. Der stillschweigenden Fortsetzung müssen sich sämtliche Gesellschafter angeschlossen haben, ebenso wie eine Vereinbarung, die Gesellschaft fortzusetzen, von allen Gesellschaftern beschlossen werden muß[7]).

2. Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter.

Die Gesellschafter können durch übereinstimmenden an keine Form gebundenen Beschluß die Gesellschaft mit sofortiger Wirkung auflösen. Dabei spielt der ursprünglich im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Endigungstermin der Gesellschaft keine Rolle. Die Gesellschafter können unter Ausschaltung dieses Termines eine frühere[8]) Auflösung der Gesellschaft beschließen. Der unmittelbar auf die sofortige Auflösung der Gesellschaft gerichtete Beschluß bedarf der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. § 131 Ziff. 2 HGB. spricht von einem Beschluß „der" Gesellschafter und bringt damit zum Ausdruck, daß alle Gesellschafter, auch die nicht geschäftsführungsberechtigten, diesen Beschluß herbeizuführen haben. Kommt nämlich die Gründung der Gesellschaft durch übereinstimmenden Beschluß sämtlicher Gesellschafter zustande, so ist nicht einzusehen, weshalb über die Existenz der Gesellschaft nicht sämtliche Gesellschafter zu entscheiden haben sollen. Ebenso wird es nur der Billigkeit entsprechen, wenn das Ende der Gesellschaft unter Ausschluß eines Majoritätsbeschlusses mit Rücksicht auf die Wichtigkeit dieser Willensfassung nur von sämtlichen Gesellschaftern herbeigeführt werden kann. Wenn auch in § 119 HGB. grundsätzlich Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen sind, so sind darunter aber nur die Beschlüsse zu verstehen, die der Geschäftsführung als solchen dienen, während der Anfang und das Ende der Gesellschaft vom Willen sämtlicher[9]) Gesellschafter abhängig gemacht werden müssen[10]).

7) Anderer Ansicht Staub-Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 12. und 13. Auflage Berlin-Leipzig 1926, Seite 650.

8) Ein Beschluß dahingehend, daß sich die Gesellschaft erst in einem späteren Zeitpunkt auflösen, in der Zwischenzeit aber noch bestehen soll, würde nichts anderes bedeuten als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages in der Richtung, daß die Zeit für welche die Gesellschaft eingegangen ist, sich ändert. (RG. 65,267)

9) So forderte auch das ADHGB. im Art. 123 Ziff. 4 „gegenseitige Uebereinkunft" wie schon das römische Recht in l. 65 § 3 D pro socio XII,2 bei der Auflösung der Gesellschaft von der

Was bezüglich der Gesellschaft im vorigen Kapitel — Auflösung durch Zeitablauf — gesagt worden ist, hat auch für dieses Kapitel Geltung. Zur Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft genügt ein weiterer ausdrücklicher oder durch konkludente Handlungen geäußerter Beschluß der Gesellschafter, der sowohl nach eingetretener Auflösung als auch im Zeitpunkt der Auflösung gefaßt werden kann. In beiden Fällen besteht die offene Handelsgesellschaft unmittelbar als solche fort.

Wird von den Gesellschaftern beschlossen, die offene Handelsgesellschaft in eine andere Gesellschaftsform, z. B. Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Kommanditgesellschaft umzuwandeln, so wird ein solcher Beschluß auch als Beschluß im Sinne des § 131 Ziff. 2 anzusprechen sein; es handelt sich in diesem Falle lediglich um eine Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Beschluß zwecks Neugründung einer anderen Gesellschaft.

3. Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft.

Im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft selbständiger Konkurs eröffnet werden. Die Konkursfähigkeit folgt aus der in § 124 HGB. ausgesprochenen Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft, denn das Konkursverfahren ist eine besondere Prozeßart (§ 72 KO.).

Materiell-rechtliche Voraussetzung für den Konkurs ist gemäß § 209 der Konkursordnung lediglich die Zahlungsunfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft. Und zwar wird dies folgende Gründe haben: Bei der offenen Handelsgesellschaft haftet das gesamte Vermögen der Gesellschaft den Gläubigern, und zwar auch die Vermögensteile, die nicht dem Gesellschaftszwecke zu dienen bestimmt sind. Bei Ueberschuldung des Gesellschaftsvermögens haben die Gesellschafter, sofern ihnen an der Fortführung der Gesellschaft liegt, die Möglichkeit, die Gesellschaft durch Nachschüsse zu stützen[12]). Auch die Gläubiger, denen die Gesellschaft

---

Uebereinstimmung aller spricht.

10) Anderer Ansicht Staub a. a. O. Seite 650, der auch die Auflösung der Gesellschaft durch Mehrheitsbeschluß für zulässig erklärt.

11) RG. 32 Seite 47; 74 Seite 6.

12) Eine Pflicht, derartige Nachschüsse zu leisten, besteht aber für die Gesellschafter nicht.

verschuldet, werden, sofern es in ihrem Interesse liegt, von der Beantragung des Konkurses absehen, da ihnen ja das Privatvermögen der Gesellschafter haftet. Mit Recht hat demnach die Konkursordnung[13]) nur die Zahlungsunfähigkeit, nicht auch die Ueberschuldung wie bei anderen Gesellschaften als Konkursgrund aufgeführt. Natürlich bleibt es den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaften sowie den Gläubigern derselben unbenommen, auch im Falle der Ueberschuldung den Konkursantrag zu stellen. Eine Pflicht dazu besteht jedenfalls nicht, ebenso wie auch eine Pflicht bei eintretender Zahlungsunfähigkeit den Konkursantrag zu stellen, für die Gesellschafter nicht besteht[14]).

Die Konkurseröffnung als solche tritt mit der im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Stunde in Wirksamkeit. Ist im Eröffnungsbeschluß keine Stunde genannt, so tritt die Konkurseröffnung mit der Mittagsstunde desjenigen Tages ein, an welchem der Eröffnungsbeschluß erlassen ist. (§ 108 KO.).

Wie oben bereits erwähnt, ist die materielle Grundlage für die Eröffnung des Konkurses Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft formelle Voraussetzung ein ordnungsgemäß gestellter Antrag. Den Eröffnungsantrag stellen entweder jeder Gesellschafter, sowohl die vertretungsberechtigten als auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Ferner sind antragsberechtigt, außer den Privatgläubigern eines Gesellschafters, die Gläubiger der Gesellschaft. Letzten Endes ist auch ein Liquidator, sofern sich die Gesellschaft bei Stellung des Eröffnungsantrages bereits in Liquidation befunden hat, zur Stellung dieses Antrages berechtigt[15]).

Je nachdem der Antrag von einem Gläubiger der Gesellschaft oder von einem Gesellschafter ausgeht, hat ersterer seine Forderung und die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft zu machen, letzterer nur die Zahlungsunfähigkeit. Geht der Antrag von sämtlichen Gesellschaftern oder sämtlichen Liquidatoren aus, so ist eine Glaubhaftmachung überhaupt nicht erforderlich, Es genügt dann lediglich die Stellung des Antrages, da der Gemeinschuldner den Konkursgrund einräumt. (105 Absatz 2 KO.).

13) § 109 Konkursordnung.
14) Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., Berlin 1916, §§ 209, 210 Anm. 7.
15) § 210 KO.

Gemeinschuldner im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft sind sämtliche Gesellschafter, nicht nur die vertretungsberechtigten, da sämtliche Gesellschafter Mitträger des Gesellschaftsvermögens sind[16]). Sie haben die Pflicht der Auskunftserteilung und der Leistung des Offenbarungseides, aber auch die Rechte der Gemeinschuldner aus den §§ 135, 180, 86 KO. Jeder einzelne Gesellschafter als Gemeinschuldner hat zwecks Wahrung seiner Rechte auch die Pflicht, sich im Prüfungstermine über die angemeldeten Forderungen zu erklären. Da die Gesellschafter selbst die Gemeinschuldner sind, haben sie selbst, auch wenn sie Gläubiger der Gesellschaft sind, bei einem Zwangsvergleich kein Stimmrecht. Ebenso ist dem Ehegatten eines Gesellschafters beim Zwangsvergleich ein Stimmrecht zu versagen. (§ 183 KO.).

Konkursgläubiger der Gesellschsaft sind alle Gesellschaftsgläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an die Gesellschafter als Gemeinschuldner haben. (§ 3 KO.). Dagegen ist ein Privatgläubiger eines Gesellschafters niemals Konkursgläubiger in dem Gesellschaftskonkurse. Die Gesellschafter selbst können, wenn sie Forderungen auf Ersatz von Aufwendungen haben und Verluste geltend machen, für die ihnen die Gesellschaft haftet, Konkursgläubiger der Gesellschaft sein[17]). Dagegen können die Gesellschafter ihre Ansprüche, die sich aus ihrem Gesellschaftsverhältnis als solchem ergeben (Zinsen, Gewinn), nicht als Konkursforderungen geltend machen, da ja gerade das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Diese Ansprüche hören daher in dem Augenblick auf, in welchem das Gesellschaftsvermögen zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger beschlagnahmt worden ist[18]).

Zur Konkursmasse gehört das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen der Gesellschaft, welches ihr zur Zeit der Eröffnung des Konkurses gehört[19]). Das Konkursverfahren über die Gesellschaft endigt entweder durch Ausschüttung der Masse oder dadurch, daß die Gläubiger einer Einstellung zustimmen oder daß der Konkurs durch einen Zwangsvergleich beendet wird. Wird der Kon-

16) Jäger a. a. O. Anm. 9 u. 10 zu § 209 KO.
17) § 110 HGB.
18) Staubs Kommentar a. a. O. Seite 708.
19) § 1 KO.

kurs durch Ausschüttung der Masse beendet, so hat die Gesellschaft ihr Ende erreicht und der Konkursverwalter hat die Firma zur Löschung zu bringen. In den Fällen eines abgeschlossenen Zwangsvergleiches oder wenn auf Antrag des Gemeinschuldners der Konkurs eingestellt ist, können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen[20]). Während in der Literatur des früheren Handelsrechts über die Frage der Fortdauer der Gesellschaft nach Konkurseröffnung Streit herrschte, ist diese Frage heute entschieden. Wenn auch der Gesetzgeber von der durch die Konkurseröffnung „aufgelösten" Gesellschaft spricht, so dauert diese Gesellschaft trotz Eintritts dieses Auflösungsgrundes bis zur Lösung sämtlicher rechtlicher und wirtschaftlicher Verkettungen und bis zur Verteilung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens fort[21]). Während der Geltung des ADHGB. wurde die Gesellschaft nur dann als fortbestehend erachtet, wenn der Eröffnungsbeschluß wieder aufgehoben wurde. In den anderen Fällen wurde die Fortsetzung der Gesellschaft für unzulässig erklärt. Wurde die Gesellschaft nach Einstellung oder Aufhebung des Konkursverfahrens fortgesetzt, so kam dies der Errichtung einer neuen Gesellschaft gleich. Eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, die dahin ging, nach Einstellung oder Aufhebung des Konkursverfahrens die Gesellschaft auf Grund eines Gesellschaftsbeschlusses fortzusetzen, wurde für rechtlich ungültig erklärt. In der Rechtsprechung dagegen ist schon damals der Grundsatz von der Fortdauer anerkannt und die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft für zulässig gehalten worden[22]).

4. Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters.

Aus der Erwägung, daß eine Gesellschaft im allgemeinen und eine offene Handelsgesellschaft im besonderen Zweckgemeinschaften sind, bei denen die persönlichen Eigenschaften der einzelnen Gesellschafter von ausschlaggebender Bedeutung sind, bestimmt das Gesetz folgerichtig in § 131 Ziff. 4, daß grundsätzlich die offene Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird. Unter Berücksichtigung moderner Grundsätze

20) § 144 HGB.
21) Nur so läßt sich der § 144 HGB. auslegen.
22) ROHG. 16, 284 ff.; RG. 28, 132.

fügt das Gesetz ergänzend hinzu: „sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderes ergibt". Der letzte Halbsatz bedeutet eine Neuerung und enthält gegenüber dem früheren Recht eine wesentliche Aenderung insofern, als da durch den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben wird, entweder die Gesellschaft allein unter den überlebenden Gesellschaftern (§ 138 HGB.) oder zusammen mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortzusetzen (§ 139 HGB.).

Im römischen Recht wurde die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters unter allen Umständen aufgelöst, wobei eine etwa getroffene Vereinbarung, die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen, verboten war. Das gleiche galt im gemeinen Recht. Durch die moderne Entwicklung der offenen Handelsgesellschaft hat es aber der Gesetzgeber für geboten erachtet, einen anderen Standpunkt einzunehmen, und zwar aus der Erwägung heraus, daß der Gesellschaftszweck oftmals eine Fortdauer über die Lebenszeit der Gesellschafter erfordert. Im Art. 123 Ziff. 2 des ADHGB. war daher bestimmt, daß die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, wenn nicht im Vertrage bestimmt ist, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll. War dann im Gesellschaftsvertrag eine derartige Bestimmung enthalten, so nahm die Rechtsprechung auf Grund des Art. 113 ADHGB. an, daß derjenige, der in eine bestehende Handelsgesellschaft eintrat, ebenso wie die anderen Gesellschafter für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten haftet, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht. Die Haftung des Erben in der Gesellschaft für dessen Schulden erstreckte sich auf sein ganzes Vermögen, auch wenn seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten eine beschränkte war. Der Erbe konnte sich einer Haftung nur dadurch entziehen, daß er die Erbschaft ausschlug. Diese unbillige Härte hat der § 139 HGB. beseitigt, indem er bestimmt, daß der Erbe befugt sein soll, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm unter Belassung des Gewinnanteils des Erblassers die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Für den Fall der Nichtannahme eines dahingehenden Antrages durch die übrigen Gesellschafter kann der Erbe innerhalb dreier Mo-

nate seit dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt, sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären. Macht der Erbe seine Rechte aus § 139 Abs. 1 geltend, so ist Voraussetzung, daß der Gesellschaftsvertrag die ausdrückliche Bestimmung enthält, die Gesellschaft sei nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortzusetzen[23]). Die Bestimmung, die Gesellschaft mit den Erben fortzusetzen, kann sowohl im Gründungsvertrage vereinbart als auch zu einem späteren Zeitpunkt getroffen werden.

Die rechtliche Stellung der Erben bestimmt sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Der Erbe kann gesetzlicher Erbe, Testamentserbe oder Vertragserbe sein. Dem Gesellschaftsvertrage bleibt es überlassen, wer von den einzelnen Erben Gesellschafter werden soll. Ebenso können bestimmte Anforderungen an die Person des Erben gestellt werden. Das dem Erben im Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1942 ff. eingeräumte Ausschlagungsrecht wird durch die Vertragsabrede nicht berührt. Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so ist er nicht Erbe geworden und wird demgemäß auch nicht Gesellschafter[24]). Hat er dagegen von seinem Ausschlagungsrecht keinen Gebrauch gemacht, so ist er mit Eintritt des Erbfalles ohne weiteres Gesellschafter geworden[25]). In letzterem Falle ist die Stellung des Erben in der Gesellschaft keine endgültige .Er hat vielmehr ein Wahlrecht, das von jedem Erben in verschiedener Weise geltend gemacht werden kann. Entweder wird der Erbe Kommanditist oder offener Handelsgesellschafter. Er wird offener Handelsgesellschafter entweder durch eine dahingehende ausdrückliche Erklärung oder durch konkludente Handlungen und auch dadurch, daß er die ihm zustehenden Rechte aus § 139 HGB. nicht in der gesetzlich bestimmten 3 Monatsfrist geltend macht, Kommanditist wird der Gesellschafter nur auf Antrag. Wenn er offener Handelsgesellschafter wird, so haftet er gemäß § 130 HGB. unbeschränkt für alle

23) Hat einer der Gesellschafter lediglich eine solche Bestimmung im Wege einer Verfügung von Todeswegen getroffen, so ist eine solche Bestimmung wirkungslos, da diese testamentarische Bestimmung nur die Erben, nicht aber die übrigen Gesellschafter bindet.

24) 1953 BGB.

25) Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Band I, Berlin-Leipzig 1886; RG. Band 16 Seite 56; Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1914.

Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sowohl für die, die vor seinem Eintritt begründet waren, als auch für alle künftigen Schulden. Diese Haftung ist für den Erben nicht ohne Gefahr, zumal ihm die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft selten bekannt sein wird. Daher gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit, die Stellung eines Kommanditisten zu erlangen, oder unter Umständen[26]) aus der Gesellschaft auszuscheiden. Auf keinen Fall kann er etwa ohne weiteres unter Ablehnung der Mitgliedschaft die Erbschaft annehmen[27]), ebenso kann er nicht, ohne den Kommanditistenantrag gemacht zu haben, sein Ausscheiden verlangen[28]).

Will der Erbe Kommanditist werden, so hat er innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach Kenntnis des Anfalles der Erbschaft, da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, jedem Gesellschafter seinen dahingehenden Willen zur Kenntnis zu bringen. Die Frist endigt erst mit der Ausschlagungsfrist, wenn der Erbe sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, noch nicht verloren hat. Der Antrag ist formfrei und geht dahin, dem Erben unter Belassung des bisherigen Gewinnanteiles die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen und daß der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt werde. Der Erbe wird, falls dieser Antrag angenommen wird, Kommanditist mit dem auf den Erblasser entfallenden Teil der Einlage als Kommanditeinlage. Dieser Teil der Einlage muß, da der Erbe auch an den stillen Rücklagen der Gesellschaft teilnimmt, errechnet werden. Da die Kommanditeinlage des Erben gemäß § 162 HGB. in das Handelsregister einzutragen ist, wird zu diesem Zwecke die Gesellschaft eine Liquidationsbilanz aufstellen müssen. Macht der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung als Kommanditist abhängig, so kann sein Gewinnanteil anders als der des Erblassers bestimmt werden[29]). Daß eine Abänderung des Gewinnanteiles zulässig ist, entspricht der Billigkeit. Die Denkschrift belegt dies wie folgt: „Da der Kommanditist zur Geschäfts-

26) Wenn es die überlebenden Gesellschaften nicht gestatten; § 139 Abs. 2 HGB.

27) Maßgebend ist hierfür neben der Rücksicht auf das Interesse der Erben die Absicht, das Gesellschaftskapital auch nach dem Tode eines Gesellschafters dem gemeinsamen Unternehmen nach Möglichkeit ohne Minderung zu erhalten.

28) Staub a. a. O. Seite 773.

29) § 139 Abs. 5 HGB.

führung nicht verpflichtet ist, bei der Regelung der Gewinnverteilung aber neben dem Betrage der Kapitaleinlage des einzelnen Gesellschafters auch dessen persönliche Tätigkeit in Betracht kommt, so erscheint es als eine Forderung der Billigkeit, daß der Gesellschaftsvertrag für den Erben, der als Kommanditist eintritt, einen geringeren Gewinnanteil festsetzen darf als für den Erblasser“[30]).

Bleibt der Erbe als Kommanditist in der Gesellschaft, so ist dieser Umstand in das Handelsregister einzutragen. Der Erbe haftet, solange die überlebenden Gesellschafter seinen Antrag gemäß § 139 Abs. 1 HGB. nicht stattgegeben haben, für die bis dahin entstandenen Schulden der Gesellschaft, wie ein Erbe nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches[31]). Hat der Erbe die Kommanditisteneigenschaft erlangt, so haftet er verschieden je nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Schulden. Für die Schulden der Gesellschaft, die vor seiner Eintragung als Kommanditist in das Handelsregister begründet waren, haftet er unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen. (§ 176 Abs. 1 HGB.). Eine Ausnahme von dieser Haftung tritt nur dann ein, wenn den in Frage kommenden Gläubigern die demnächst zu verlautbarende Beteiligung als Kommanditist tatsächlich[32]) bekannt war. Bezüglich der Schulden, die nach seiner Eintragung als Kommanditist entstanden sind, kann er sich auf seine Kommanditisteneigenschaft berufen und die Beschränkung der Haftung aus § 171 HGB. geltend machen. Wird die Gesellschaft während der Zeit, in der der Erbe berechtigt ist, die Kommanditisteneigenschaft zu verlangen, aus einem anderen Grunde des § 131 HGB. aufgelöst, bevor der Erbe Kommanditist geworden ist, so haftet der Erbe für die bis zur Auflösung der Gesellschaft entstandenen Schulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ist die Gesellschaft bereits zu der Zeit des Erbfalles in Liquidation getreten, in welchem Stadium der Erbe niemals Kommanditist werden kann, so haftet der Erbe für die im Liquidationsstadium eingegangenen Verbindlichkeiten wie ein offener Handelsgesellschafter ohne Beschrän-

30) Denkschrift Seite 108; Materialien Seite 48.
31) Staub will hier den § 139 Abs. 4 HGB. entsprechend angewendet wissen.
32) Fahrlässige Nichtkenntnis genügt nicht.

kung auf das Nachlaßvermögen, denn er ist offener Handelsgesellschafter geblieben, die Umwandlung seiner Stellung in die eines Kommanditisten ist nicht erfolgt[33]).

In den bisherigen Ausführungen dieses Kapitels war davon die Rede, daß vor dem Tode eines Gesellschafters eine Vereinbarung auf Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft für den Fall des Todes eines Gesellschafters getroffen worden ist. Für den Fall, daß sich eine derartige Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage nicht findet, würde also der gesetzliche Auflösungsgrund des § 131 Ziff. 4 HGB. eintreten. Können nun die überlebenden Gesellschafter den Eintritt der Auflösung dadurch verhindern, daß sie mit den Erben die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen? Zum Teil wird dies bestritten. In einer derartigen Fortsetzung wird die Gründung einer neuen Handelsgesellschaft erblickt[34]). Dieser Ansicht ist aus folgenden Gründen nicht beizustimmen: Die Erben treten in diesem Falle nicht auf Grund ihrer Erbeneigenschaft, sondern kraft unmittelbarer, ausdrücklicher oder stillschweigender Willenserklärung mit dem Willen der zurückbleibenden Gesellschafter in die Gesellschaft ein. Die Gesellschaft wird zwar durch den Tod des Gesellschafters aufgelöst; die Auflösung wird aber wieder rückgängig gemacht, indem sie auf Grund der übereinstimmenden Willenserklärungen fortgesetzt wird. Auch hier gilt der oben bereits näher erläuterte Grundsatz von der Fortdauer der Gesellschaft „trotz Auflösungsgrund", sodaß von einer Neugründung nicht die Rede sein kann, sondern in der mit den Erben fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft die alte Gesellschaft zu erblicken ist[35]).

5. Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters.

Wenn das Handelsgesetzbuch in § 131 Ziff. 5 bestimmt, daß die offene Handelsgesellschaft im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters aufge-

33) Staub a. a. O. Seite 738. Anderer Ansicht RG. Band 72 Seite 121; Lehmann-Ring zu § 139 Nr. 9; Goldmann, das Handelsgesetzbuch, Band 2, Berlin 1905 § 139 Anm. 34; Mackower, das Handelsgesetzbuch Band 1, Berlin 1901 § 139 IV d.

34) Lehmann-Ring zu § 131 Nr. 1; Goldmann zu § 131 Ziff. 23; Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887; Endemann, Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechtes, Band 1, Leipzig 1881, S. 413.

35) von Hahn zu Art. 123 § 2 und Art. 127; RG. 28Seite130; Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881; Staub Pinner, Berlin-Leipzig 1926.

löst wird, so entspricht diese Vorschrift Zweckmäßigkeitsgründen und dient vornehmlich dem Interesse der Privatgläubiger. Gemäß § 128 HGB. haften die einzelnen Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern persönlich als Gesamtschuldner. Das Privatvermögen der Gesellschaft dient somit auf Grund der Gesamthaftung den Gesellschaftsgläubigern als Sicherheit; andererseits kann der Gesellschafter für seinen etwaigen Vermögensverlust von seinen Mitgesellschaftern Ausgleichung verlangen. Wird ein Gesellschaftsgläubiger von einem Gesellschafter aus dessen Privatvermögen befriedigt, so kann er von den übrigen Gesellschaftern Ausgleichung verlangen und die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesellschafter geht auf diesen Gesellschafter über[36]). Fällt nun ein Gesellschafter in Konkurs, so sind, da auch sein Auseinandersetzungsguthaben seitens seiner Privatgläubiger der Beschlagnahme unterliegt, die Gesellschaftsgläubiger nicht mehr genügend gesichert. Ebenso sind dann die Gesellschafter untereinander wegen ihrer eventuellen Ansprüche an diesen Gesellschafter nicht mehr gedeckt.

Tritt der Konkursfall ein, so haben die übrigen Gesellschafter, genau so wie die Erben bei der Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters, die Pflicht, solange die ihnen obliegenden und nicht ohne Gefahr aufschiebbaren Geschäfte fortzuführen, bis der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners in Gemeinschaft mit den anderen Gesellschaftern Fürsoge treffen kann[37]).

Voraussetzung für einen Konkurs und für die Auflösung der Gesellschaft bei Eintritt des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters ist, daß die Gesellschaft als solche bereits besteht. Ist ein Gesellschafter in Konkurs geraten, bevor die Gesellschaft zur Entstehung gekommen ist, so kann eine Gründung der Gesellschaft mit diesem in Konkurs geratenen Gesellschafter nicht stattfinden. Nur wenn der Konkurs eröffnet worden ist, tritt die Gesellschaft in das Auflösungsstadium nicht schon dann, wenn Zahlungsunfähigkeit, Ueberschuldung oder fruchtlose Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Gesellschafters stattgefunden hat. Auch ist Voraussetzung, daß der Konkurs über das Gesamtvermögen des Gesellschafters eröffnet wird. Ist nämlich der Gesellschafter noch an anderen Gesell-

36) 426 BGB.
37) 137 Abs. 2 HGB.

schaften beteiligt, und fällt eine dieser Gesellschaften in den Konkurs, so wird deshalb die offene Handelsgesellschaft nicht aufgelöst[38]). Der Konkurs eines Gesellschafters zieht die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nach sich, ohne notwendigerweise den Gesellschaftskonkurs heraufzubeschwören, da die Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters nicht ohne weiteres eine Ueberschuldung der Gesellschaft zu bedeuten braucht. Rein theoretisch — in der Praxis wird dies kaum vorkommen — ist es also möglich, daß über das Privatvermögen sämtlicher offenen Handelsgesellschafter der Konkurs eröffnet werden kann, ohne daß die offene Handelsgesellschaft als solche in Konkurs gerät. Letzten Endes ist es gleichgültig, ob der Gemeinschuldner ein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Gesellschafter ist oder nicht.

Konkursverfahren und Auseinandersetzungsverfahren der Gesellschafter gehen als Folge der Auflösung nebeneinander her[39]). Im Regelfall wird dies die Liquidation sein. Der Konkursverwalter vertritt den in Konkurs geratenen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung. Zur Konkursmasse gehört das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen, welches dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, also auch sein Auseinandersetzungsguthaben am Gesellschaftsvermögen[40]).

Konkursgläubiger sind alle persönlichen Gläubiger, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Gesellschafter haben[41]). Aus der Liquidationsquote können aber die übrigen Gesellschafter wegen der sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Forderungen abgesonderte Befriedigung verlangen[42]). Aus § 3 der Konkursordnung und aus § 128 HGB. folgt, daß nicht nur die Privatgläubiger, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger zur Teilnahme am Privatkonkurs eines Gesellschafters befugt sind, und zwar können sie ihre Forderung zum vollen Betrage geltend machen. Eine Ausnahme wird dann eintreten, wenn Gesellschafts- und Privatkonkurs zusammentreffen. Dann können die Gesellschaftsgläubiger gemäß § 212 KO. in einem Konkursverfahren über das

38) Renaud, Seite 476.
39) § 16 KO.
40) § 1 KO.
41) § 3 KO.
42) § 51 KO.

Privatvermögen eines Gesellschafters nur Befriedigung wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen keine Befriedigung erhalten haben.

Die Gesellschafter können den Auflösungsgrund des § 131 Ziff. 5 HGB. nicht derart ausschließen, daß ein in Konkurs geratener Gesellschafter trotz Eintritt des Auflösungsgrundes weiter Gesellschafter bleibt, da die Auflösung kraft Gesetzes eintritt. Das Gesetz gibt aber den übrig gebliebenen Gesellschaftern die Möglichkeit, die Gesellschaft nach eingetretener Auflösung durch Vereinbarung unter sich ohne den Konkursifex fortzusetzen. Dazu ist die Zustimmung des in Konkurs geratenen Gesellschafters nicht notwendig, da ja gemäß § 6 KO. das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen vom Konkursverwalter ausgeübt wird. § 145 HGB. erweitert diese Fortsetzungsbefugnis dahin, daß eine Liquidation unterbleiben kann, wenn der Konkursverwalter hierzu seine Zustimmung gibt. Der Fortsetzungsbeschluß bewirkt, daß die im Auflösungsstadium befindliche Gesellschaft von neuem auflebt. Wird ein derartiger Beschluß gefaßt, so erfolgt keine Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens. Die Privatgläubiger verzichten dann auf die Ausantwortung des Vermögens ihres Schuldners und werden aus den Einnahmen der fortgeführten offenen Handelsgesellschaft befriedigt, die sonst ihrem Schuldner zufließen würden.

6. Auflösung durch Kündigung eines Gesellschafters.

Die persönliche Freiheit jedes einzelnen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft ist dadurch geschützt, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft zu jeder Zeit kündigen kann, sofern sie auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Ist die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen, so ist ein Schutz der individuellen Freiheit des einzelnen Gesellschafters nicht vonnöten. Sollte aber doch der Fall eintreten, dann stehen dem Gesellschafter die Rechte aus § 133 HGB. zur Seite. Man wird bezüglich der Kündigung zweierlei zu unterscheiden haben:

1. Die Kündigung durch einen Gesellschafter,
2. die Kündigung von Seiten eines Privatgläubigers der Gesellschaft.

Was die Kündigung durch einen Gesellschafter anbelangt, deren Voraussetzung immer eine Gesellschaft, die

für eine unbestimmte Zeit eingegangen ist, sein muß, kann diese nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres erfolgen und muß mindestens 6 Monate vor diesem Zeitpunkt stattfinden[43]). Der Zweck dieser Vorschrift ist wohl darin zu sehen, den Gesellschaftern die Fortführung der Gesellschaft für diejenigen Gesellschafter, die auch weiterhin ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Gesellschaftsvertrages haben, und die Abfindung des Kündigenden zu erleichtern[44]).

Durch diese Kündigungsfrist sind die Kündigungsmöglichkeiten eingeengter als bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes, die, sofern sie nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, gemäß § 723 BGB. von jedem Gesellschafter jederzeit gekündigt werden kann. Weitere Beschränkungen ,wie sie zum Beispiel § 723 II BGB. für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes vorsieht, kennt die offene Handelsgesellschaft nicht. Die Kündigung kann auch zur Unzeit erfolgen und ist wirksam, wenn sie rechtzeitig erfolgt ist. Insoweit ist das Kündigungsrecht der offenen Handelsgesellschaft weitgehender als bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts. Die Möglichkeit, daß die Kündigung zur Unzeit erfolgen und deshalb ungelegen oder unbequem sein könnte, wird durch die sechsmonatige Kündigungsfrist so gut wie ausgeschlossen. Von einer schikanösen Kündigung wird daher kaum gesprochen werden können.

Wenn auch das Gesetz[45]) die Kündigung der Gesellschaft nur für den Fall einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft zuläßt, so ist es doch nicht ausgeschlossen, im Gesellschaftsvertrage zu vereinbaren, daß auch eine für bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft gekündigt werden kann. Ebenso läßt sich auf Grund von Vereinbarungen die im § 132 HGB. genannte Kündigungsfrist anders festsetzen. Es kann zum Beispiel eine kürzere Frist als 6 Monate festgesetzt werden. Desgleichen wird eine Verlängerung angängig sein, wenn nicht die Verlängerung der Kündigungsfrist derartig weit ausgedehnt wird, daß sie eine Beschränkung der Willensfreiheit des einzelnen Gesellschafters darstellt. Unzulässig dagegen ist eine Vereinbarung, die

43) 132 HGB.

44) Endemann, Handbuch des Deutschen See- und Wechselrechtes, Band 1, Leipzig 1881.

45) § 132 HGB.

das Kündigungsrecht völlig ausschließt, es sei denn, daß diese Ausschließung sich nur auf eine gewisse kurze Zeit erstreckt.

Die Kündigung hat rechtzeitig zu erfolgen. Ist vorzeitig gekündigt worden, so wird man dies als eine rechtzeitige Kündigung anzusehen haben. Dagegen hat eine verspätete Kündigung überhaupt keine rechtliche Wirkung und es braucht ihr auch nicht widersprochen zu werden, ebenso wird die verspätete Kündigung nicht als Kündigung für das nächste Geschäftsjahr Geltung haben[46]). Sind dagegen die Gesellschafter mit der verspäteten Kündigung sämtlich einverstanden, so hat diese Kündigung die Wirkung eines Auflösungsbeschlusses und löst die Gesellschaft auf.

Wirksam wird die Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach der im Handelsgesetzbuch und Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Empfangstheorie[47]) mit der Zustellung. Sie muß den anderen Gesellschaftern zugegangen sein und bedarf weder deren Genehmigung noch ist sie an irgend eine Form gebunden. Die Kündigung hat nicht etwa der Gesellschaft gegenüber zu erfolgen, zum Beispiel zu Händen eines geschäftsführenden Gesellschafters oder Prokuristen, sondern sie muß jedem einzelnen Gesellschafter gegenüber erklärt werden. Doch darf dies nicht zu formalistisch aufgefaßt werden, und eine Kündigung an die Gesellschaft wird auch dann für wirksam angesehen werden können, wenn sie rechtzeitig, das heißt innerhalb der Kündigungsfrist zur Kenntnis sämtlicher Gesellschafter gelangt.

Die Kündigung ändert an der rechtlichen Stellung des kündigenden Gesellschafters nichts. Vielmehr verbleibt er im Vollbesitz seiner gesamten Rechte als Gesellschafter und hat die ihm obliegenden Pflichten bis zum Augenblick seines Ausscheidens wie ein ordentlicher Kaufmann zu erfüllen.

Es ist selbstverständlich, daß die Kündigung vor Eintritt des Zeitpunktes, an dem die Gesellschaft endigen soll, zurückgenommen werden kann. Dazu ist die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Die alte Gesellschaft wird dann weiter fortgesetzt und die Kündigung bleibt auf sie ohne jeden Einfluß.

---

46) Renaud a. a. O. Seite 452.

47) § 130 HGB.

Was das Kündigungsrecht eines Privatgläubigers betritt, so bestimmt der § 135 HGB. folgendes:

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten 6 Monate die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruches auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, 6 Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen. Dieses Kündigungsrecht entspricht einem praktischen Bedürfnis. Der Privatgläubiger macht auf diese Weise die Beteiligung des Gesellschafters flüssig und zieht sie zu seiner Befriedigung heran. Auch die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft hat im § 725 BGB. eine ähnliche Bestimmung wie die offene Handelsgesellschaft im § 135 HGB. Jedoch sind da die Bedingungen für den Privatgläubiger leichter als nach Handelsrecht. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch braucht weder eine Zwangsvollstreckung innerhalb der letzten 6 Monate versucht zu sein, noch, was das Wesentlichste ist, eine Kündigungsfrist eingehalten zu werden.

Kündigt ein Privatgläubiger die offene Handelsgesellschaft, um sich aus der Liquidationsquote zu befriedigen, so müssen zwei Erfordernisse erfüllt sein. Erstens muß eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters innerhalb der letzten 6 Monate fruchtlos verlaufen sein, zweitens, der Privatgläubiger muß auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung auf dasjenige erwirkt haben, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Unter diesen beiden Voraussetzungen kann er die Kündigung 6 Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt aussprechen .

Was die erste Voraussetzung anbelangt, so ist es gleichgültig, von welchem Gläubiger eine Zwangsvollstreckung versucht wurde. Es ist nicht erforderlich, daß der kündigende Privatgläubiger selbst vollstreckt hat. Im alten Handelsrecht (art. 126)[48]) war es noch erforderlich, daß der

48) Art. 126 ADHGB. spricht vom Privatgläubiger, d e r nach fruchtlos vollstreckter Exekution . . .: § 135 HGB. sagt: „nachdem . . . e i n e Zwangsvollstreckung versucht ist".

kündigende Privatgläubiger selbst die fruchtlose Zwangsvollstreckung vorgenommen haben mußte, auch wurde früher eine Zwangsvollstreckung in das gesamte (bar- und unbewegliche) Privatvermögen verlangt. Der erfolglose Versuch der Zwangsvollstreckung muß innerhalb der letzten 6 Monate erfolgt sein. Liegt die versuchte Zwangsvollstreckung früher als 6 Monate, so genügt dies nicht; ebenso ist eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ungenügend .Daß auch der Privatgläubiger zum Offenbarungseid geladen und dieser vom Schuldner geleistet worden ist, wird nicht verlangt werden können. Dem Privatgläubiger werden auch dann die Rechte aus § 135 HGB. nicht zuzubilligen sein, wenn in der Annahme, daß nichts pfändbares angetroffen werden würde, eine Zwangsvollstreckung nicht versucht worden ist. Bezüglich der zweiten Voraussetzung muß das Gläubigerrecht wegen der tiefeinschneidenden Wirkung endgültig feststehen, und zwar durch rechtskräftiges Urteil, durch rechtskräftigen gerichtlichen Vergleich, Auszug aus der Konkurstabelle, gerichtliche oder notarielle Urkunde u. a.

Bei Vorliegen der oben behaupteten zwei Voraussetzungen hat der Privatgläubiger das Recht, die Gesellschaft für den Ablauf des Geschäftsjahres zu kündigen, und zwar hat die Kündigung 6 Monate vor diesem Zeitpunkt zu erfolgen. In Bezug auf sein Kündigungsrecht ist der Gläubiger besser gestellt, als die Gesellschafter selbst. Er hat nämlich ein Kündigungsrecht, gleichgültig, ob die Gesellschaft für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, während dem Gesellschafter ex lege dieses Recht nur bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft zusteht. Die Kündigung hat allen Gesellschaftern gegenüber und nicht nur dem Schuldner allein oder der Gesellschaft gegenüber zu erfolgen. Die dem Privatgläubiger vom Gesetz anheimgegebene Kündigungsmöglichkeit und Kündigungsfrist kann durch keine vertragliche Abrede der Gesellschafter geendet werden. Ist eine derartige Abrede getroffen und haben die Gesellschafter untereinander eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart, so hat dies nur unter den Gesellschaftern selbst Wirkung. Die von den Gesellschaftern verabredete kürzere Kündigungsfrist ist dem Privatgläubiger gegenüber unwirksam, ebenso wie er sich an eine etwa vereinbarte längere Kündigungsfrist nicht zu kehren braucht. Denn das Kündi-

gungsrecht des Privatgläubigers beruht auf dem Gesetz und ist von dem der Gesellschafter völlig verschieden[49]).

Wird der Gläubiger vor erfolgter Kündigung befriedigt, so hat dies auf den Bestand der Gesellschaft keinerlei Einfluß. Bestritten ist aber, ob die Befriedigung des Privatgläubigers nach erfolgter Kündigung, aber vor Eintritt der Auflösung, die gleiche Wirkung hat. Die eine Ansicht, der aus verschiedenen Gründen nicht beizupflichten ist, erklärt, daß durch die erfolgte Zahlung nach Kündigung, aber noch vor Eintritt der Auflösung, die vom Privatgläubiger ausgesprochene Kündigung nicht aufgehoben sei, vielmehr hätten die übrigen Gesellschafter ein Recht, die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zu verlangen. Da ihnen ohne ihr Einverständnis dieses Recht nicht entzogen werden könne, sei, um die Kündigung wirkungslos zu machen, noch eine ausdrückliche Rücknahmeerklärung der Kündigung notwendig. Dies erscheint unrichtig. Für die Gesellschafter begründet, die Kündigung des Privatgläubigers kein Recht auf Auseinandersetzung, wenn dieser vor Ablauf der Kündigungsfrist befriedigt wird. Die Kündigung ist ein Rechtsbehelf des Privatgläubigers und von dem Kündigungsrceht der Gesellschafter vollkommen unabhängig ,der wegfällt, wenn er nicht mehr notwendig ist. Nach der zweiten Ansicht, der ich mich anschließe, ist die Befriedigung des Gläubigers, die nach erfolgter Kündigung, aber vor Ablauf der Kündigungsfrist — in welchem Zeitpunkt die Auflösung ipso iure eintritt — von dem Schuldner selbst oder von einem der Gesellschafter vorgenommen wird eine die Auflösung der Gesellschaft verhütende Tatsache. Wenn das anders wäre, würde dies dem offensichtlichen Bestreben des Gesetzgebers, die Gesellschaft gegen Auflösungstatsachen widerstandsfähig zu gestalten, entgegenlaufen, anderseits würde es an dem rechtlichen Grunde fehlen, die Gesellschaft aufzulösen, wenn bereits das Moment, welches die Grundlage für die Auflösung gebildet hat, in Wegfall gekommen ist.

In der Literatur herrscht darüber Streit, wie weit der Begriff des Privatgläubigers zu fassen sei, und zwar versteht Staub unter Privatgläubigern auch die Gesellschaftsgläubiger, insoweit sie den einzelnen Gesellschafter auf Grund seiner

---

49) Staub, Anm. 5 zu § 135 HGB., der dem Privatgläubiger die von den Gesellschaftern vereinbarte kürzere Kündigungsfrist zugute kommen läßt und der Ansicht ist, daß eine längere Kündigungsfrist dessen Rechte nicht schmälert.

Gesamthaftung in Anspruch nehmen. Er führt aus, daß Privatgläubiger nach dem Wortlaut jeder ist, der eine Forderung gegen das Privatvermögen des Gesellschafters hat. Nach § 128 HGB. besteht eine derartige Privatforderung für jeden Gesellschaftsgläubiger[50]). Dieser Ansicht haben sich verschiedene Kommentatoren des Handelsgesetzbuches angeschlossen. Ihr kann aber meines Erachtens nicht beigestimmt werden. Dieser Ansicht widerspricht der Wortlaut des Gesetzes. Unter Privatgläubiger eines Gesellschafters kann nur ein solcher verstanden werden, der eine Forderung gegen einen Gesellschafter erworben hat, als eine Person, die von ihren Gesellschaftsverbindlichkeiten völlig getrennt ist, einem Gesellschafter als Privatperson, und sich gegen dessen Privatvermögen, nicht gegen das Gesamthandsvermögen der Gesellschaft richtet, sodaß sich lediglich Gesellschafter und Gläubiger als Vertragsparteien gegenüberstehen. Dem Privatgläubiger ist jeder Zugriff in das Gesellschaftsvermögen versagt und als Aequivalent dafür hat ihm das Gesetz die Möglichkeit gegeben, durch die Kündigung die Auseinandersetzung und damit die Befriedung zu erreichen. Könnte ein Gläubiger aber ohne weiteres die Gesellschaft als solche in Anspruch nehmen, so wäre der Schutz des § 135 HGB. überflüssig. Auch aus Nachstehendem wird wird gefolgert werden müssen, daß das Gesetz mit dem Worte privat tatsächlich einen Privat- und nicht einen Gesellschaftsgläubiger gemeint hat. Ein Gesellschaftsgläubiger kann die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben und den Konkurs der Gesellschaft herbeiführen. Daß er darüber hinaus noch im Wege der Kündigung die Gesellschaft zur Auflösung bringen könnte, erscheint überflüssig, zumal er ja jeden einzelnen Gesellschafter auf Grund des § 128 HGB. in Anspruch nehmen kann. Wenn dem Gesellschaftsgläubiger auf Grund eines Schuldtitels gegen die Gesellschaft das Kündigungsrecht aus § 135 HGB. nicht zusteht, dann umsomehr nicht, wenn er lediglich einen Schuldtitel gegen einen einzelnen Gesellschafter erlangt hat. Außerdem bestimmt § 141 HGB., daß, wenn ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 HGB. zustehenden Rechte Gebrauch macht, die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Be-

50) Staub, Anm. 1 zu § 135; Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1901.

schlusses dem Gläubiger erklären können, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle, in welchem Falle der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft ausscheidet. Würde man nun der Ansicht folgen, daß unter Privatgläubiger jeder Gesellschaftsgläubiger zu verstehen sei, dann könnten die übrigen Gesellschafter einen Mitgesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld, für welche sämtliche Gesellschafter zu haften haben, ausschließen, ohne daß der Ausscheidende selbst mit der Schuld in direktem Zusammenhange steht und zu seinem Ausscheiden keinen Grund gegeben hat.

Bei einem geheimen Einverständnis zwischen Privatgläubiger und den anderen Gesellschaftern könnten diese sich auf eine illegale Art und Weise eines Mitgesellschafters entledigen.

7. Die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung.

Der § 133 HGB. bestimmt, daß auf Antrag eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. In diesem Paragraphen ist das Prinzip ausgesprochen, daß beim Vorliegen wichtiger Gründe einseitig verlangt werden kann, daß die Gesellschaft vorzeitig aufgelöst werde, das gleiche Prinzip, welches in art. 125 ADHGB. enthalten war. In diesem Artikel fanden sich fünf[51]) ins Einzelne gehende wichtige Gründe, die sich unter dem Gesichtspunkt zusammenfassen ließen, daß wesentliche Voraussetzungen, unter welchen der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden war, nicht oder nicht mehr vorhanden sind[52]). Das neue Handelsgesetzbuch

---

57) a) Wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zwecks unmöglich wird;
b) wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;
c) wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;
d) wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für Privatzwecke mißbraucht;
e) wenn ein Gesellshafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird.

52) Von Hahn a. a. O. Seite 544.

hat die Aufzählung dieser einzelnen wichtigen Gründe nicht mit übernommen ,da diese für die Rechtsprechung ohne wesentlichen Nutzen und daher entbehrlich waren[53]). Desgleichen hat der klare Wortlaut des § 133 HGB., der eine die Auflösung der Gesellschaft aussprechende richterliche Entscheidung verlangt, den Streit[54]), der zur Zeit der Herrschaft des alten Rechtes nicht entschieden worden ist, nämlich, ob zur Auflösung der Gesellschaft eine bloße Erklärung des Gesellschafters genüge oder ob ein Richterspruch erforderlich sei. Eine gleiche Vorschrift wie im § 133 HGB., in welcher gleichfalls das Prinzip zum Ausdruck kommt, beim Vorliegen wichtiger Gründe einseitig die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, findet sich in § 723 BGB. Zwischen § 723 BGB. und § 133 HGB. besteht jedoch ein wichtiger Unterschied. Während im Bürgerlichen Recht unter den in § 723 BGB. genannten Voraussetzungen die bloße Kündigung die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt, verlangt der § 133 HGB., ebenso wie bei der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis[55]) und der Vertretungsbefugnis[56]), ausdrücklich eine die Auflösung aussprechende richterliche Entscheidung[57]). Diese Regelung dient dem Schutze der offenen Handelsgesellschafter, dem Interesse der Verkehrssicherheit und soll der Bedeutung der offenen Handelsgesellschaft angemessen diese gegen eine vorschnelle etwaige Auflösung fester gestalten als dies dem Charakter der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft entsprechend bei dieser notwendig ist.

Die in § 133 HGB. dem einzelnen Gesellschafter an die Hand gegebene Auflösungsklage wird mit den anderen Möglichkeiten, die Beendigung der offenen Handelsgesellschaft herbeizuführen, nicht verwechselt werden dürfen.

Die Auflösungsklage ist etwas anderes als ein Antrag eines Gesellschafters auf Feststellung darüber, daß die Gesellschaft durch einen anderen Auflösungsgrund, z. B. Be-

53) Denkschrift Seite 105.

54) So äußert sich Behrendt a. a. O. „Aus der Fassung des Art. 125 ADHGB. ergibt sich, daß das im Streitfall erfochtene Urteil nicht die Auflösung der Gesellschaft bewirkt, sondern die erfolgte Auflösung der Gesellschaft feststellen soll". Aehnlich Renaud a. a. O. Seite 156.

55) § 117 HGB.

56) § 127 HGB.

57) Denkschrift Seite 105.

schluß der Gesellschafter, ihre Auflösung gefunden hat. In letzterem Falle handelt es sich um eine reine Feststellungsklage, bei der Auflösungsklage dagegen um eine Rechtsgestaltungsklage. Ebenso ist der Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage, sofern er überhaupt möglich ist, von der Auflösungsklage zu scheiden. Der Rücktritt löst das Gesellschaftsverhältnis auf, und zwar dergestalt, als ob es nie bestanden hätte; der Gesellschafter bezweckt die Lösung des gesellschaftlichen Verhältnisses, weil er den Gesellschaftsvertrag, wie er mit ihm geschlossen worden ist, gar nicht gewollt hat, die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung wirkt erst von dem Zeitpunkt der Auflösung für die Zukunft und löst ein an sich gültiges Gesellschaftsverhältnis. Das Rücktrittsrecht des Bürgerlichen Rechtes, insbesondere die Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. werden auf die offene Handelsgesellschaft in den Fällen unanwendbar sein, in welchen die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt ist. Es würde nämlich jeder Billigkeit und dem Prinzip, die offene Handelsgesellschaft gegen eine Auflösung widerstandsfähiger zu gestalten, widersprechen, wenn einem Gesellschafter auf dem Umwege über § 326 BGB. die Möglichkeit gegeben werden würde, die Lösung vom Vertragsverhältnis zu erreichen, einem Gesellschafter, der sonst ein Recht auf Kündigung nicht hat, weil der Verstoß des anderen gegen eine Vertragsverpflichtung so ernst nicht beurteilt werden kann[58]). Wenn schon der § 723 BGB. die Anwendbarkeit der §§ 325, 326 BGB. ausschließt[59]) als das den besonderen Verhältnissen des Gesellschaftsrechtes rechnungtragendes Sondergesetz, so muß dies umsomehr für den § 133 HGB. bei der offenen Handelsgesellschaft Geltung haben, zumal ja gerade in § 133 Abs. 2 HGB. die Gründe, die nach den §§ 325, 326 BGB. einen Anlaß zum Rücktritt geben würden, als Beispiele für Gründe der Auflösungsklage aufgezählt sind. Für die offene Handelsgesellschaft würde sich aus der in Verbindung mit den §§ 325, 326 BGB. gemäß § 327 BGB. notwendigen Anwendung der §§ 346 ff. BGB., sowohl unter den Gesellschaftern selbst, als auch im Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten, Unklarheiten und Verwickelungen bedenklichster Art ergeben. Ebenso ist ein Rücktrittsrecht wegen nachträglicher Aenderungen des Gesellschaftsvertra-

58) RG. 81, Seite 304/5.
59) RG. 81, Seite 305.

ges ausgeschlossen, wenn die Aenderungen bereits in Vollzug gesetzt sind[60]).

Ferner wird die Auflösungsklage, da der § 133 HGB. lediglich Gründe betrifft, welche einen Gesellschafter berechtigen, einen an sich gültigen Gesellschaftsvertrag aus besonderen während des Bestehens des Vertragsverhältnisses eintretenden Gründen zur Aufhebung zu bringen, von der Anfechtung aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen über Verträge, zum Beispiel wegen arglistiger Täuschung, widerrechtlicher Drohung und Irrtums zu unterscheiden sein. Im Falle der Anfechtung wird im Gegensatz zu § 133 HGB. die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages in Abrede gestellt. Der Gesellschafter verlangt in diesem Falle die Lösung des Vertragsverhältnisses, weil er einen Gesellschaftsvertrag, wie er mit ihm geschlossen wurde, gar nicht gewollt hat. Er erlangt bei erfolgreicher Anfechtung, daß der Gesellschaftsvertrag, anders als bei § 133 HGB., als von Anfang an nichtig angesehen wird[61]). Eine besondere Klage wird sich in diesem Falle erübrigen, da eine dahingehende Erklärung an die Mitgesellschafter genügt[62]).

Erhebt einer der Gesellschafter die Klage aus § 133 HGB., so ist erste Voraussetzung, daß es sich um eine offene Handelsgesellschaft handelt, die entweder für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist. Zweite Voraussetzung ist, daß dem Gesellschafter ein wichtiger Grund zur Seite steht, der eine Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliche Entscheidung rechtfertigt. Eine feststehende Norm, wann ein solcher wichtiger Grund vorliegt, hat das Gesetz nicht aufgestellt. Wenn das Gesetz in Absatz 1 des § 133 HGB. nur ganz allgemein davon spricht, „wenn ein wichtiger Grund vorliegt", so hat es davon ab-

60) Vergl. Düringer-Hachenburg a. a. O. Seite 535; Litthauer-Mosse a. a. O. Seite 166, 189; Brand, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911 Seite 385; RG. Band 89, Seite 335; solange die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nach außen noch nicht hervorgetreten ist, wird die Anwendbarkeit der §§ 325, 326 BGB. wie insbesondere der §§ 320 ff. BGB. zu bejahen sein (vergl. RG. Band 78, Seite 303; 81, Seite 303). Das Gleiche wird auch für die offene Handelsgesellschaft zu gelten haben, soweit sie ihre Tätigkeit noch nicht begonnen hat. (Vergl. RG. Band 112 Seite 283; Warneyer 1917, Nr. 289.)

61) § 142 BGB.

62) § 143 BGB.

sehen wollen, generell eine diesbezügliche Regelung aufzustellen oder einzelne Fälle aufzuzählen. Dem Richter sollte für jeden Fall die selbständige freie Prüfung der Berechtigung zur Auflösung überlassen bleiben. Die in Absatz 2 des § 133 HGB. angeführten zwei Beispiele — schuldhafte Verletzung wesentlicher Vertragsverpflichtungen und Unmöglichwerden ihrer Erfüllung — haben ebenso nur die Bedeutung, dem Richter lediglich eine Direktive zu geben, ohne seinem Ermessen eine Schranke zu setzen. Der Richter wird auch bei Vorliegen der beiden vom Gesetz genannten wichtigen Gründe stets die im Einzelfall vorhandenen besonderen Verhältnisse berücksichtigen müssen[62]).

Das Gesetz hebt als erstes Beispiel, welches die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft rechtfertigt, die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten hervor. Diese müssen vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt sein, da die Gesellschafter gemäß § 708 BGB. nur für culpa in concreto einstehen. Die Pflichtverletzung als solche darf nicht in einer schuldhaften Handlung des die Auflösung begehrenden Gesellschafters selbst liegen. Vielmehr muß diese, wie das Gesetz klar hervorhebt, ein anderer Gesellschafter als der Kläger verübt haben. Beispiele für derartige Pflichtverletzungen können unter anderem sein: Nichteinzahlen der Einlagen, Unterlassung von Inventar und Bilanz, Vornahme von Geschäften, zu deren Ausführung die Mitwirkung der Mitgesellschaft notwendig gewesen wäre, dauernder Unfleiß, Unredlichkeit bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung, erheblicher Mißbrauch der Firma oder des Geschäftsvermögens zu Privatzwecken.

Als zweites Beispiel eines die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft rechtfertigenden Grundes wird in § 133 Absatz 2 HGB. das Unmöglichwerden der Erfüllung einer einem Gesellschafter wesentlichen Verpflichtung hervorgeho-

62) Vergl. RG. 24, 137 „Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht etwa darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher auf dem Verschulden eines Gesellschafters beruht, oder überhaupt in dessen Person liegt. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt. Verschiedene Umstände können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen; ja es ist nicht ganz ausgeschlossen, daß selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde. Ebenso auch Staub-Pinner a. a. O. Seite 714; von Hahn a. a. O. Seite 551.

ben. Während bei dem ersten vom Gesetz benannten Beispiel — Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung — ein Verschulden des die wesentliche Verpflichtung verletzenden Gesellschafters vorliegen muß, ist es bei dem zweiten Beispiel unerheblich, ob ein Verschulden vorliegt und worin die Ursache der Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Vertragsverpflichtungen zu suchen ist[63]). Ebenso wenig notwendig ist es, daß der Grund des Unmöglichwerdens der Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten in der Person eines anderen Gesellschafters liegt. Die Unmöglichkeit kann, wie bereits hervorgehoben, verschuldet oder unverschuldet, die Ursache in der Person des Gesellschafters haben, der die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft begehrt. Unmöglich wird die Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen beispielsweise bei anhaltender Krankheit eines Gesellschafters, desgleichen bei der in Art. 123 Ziff. 3 ADHGB. angeführten rechtlichen Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung. Als weitere Beispiele wichtiger Gründe, die die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft rechtfertigen, sei noch genannt: Bestrafung wegen Verbrechens, auch, wenn es nicht gegen die Gesellschaft gerichtet ist, Beleidigungen und grobe Beschimpfungen eines Gesellschafters den anderen Mitgesellschaftern gegenüber, Mißhandlungen eines Gesellschafters durch einen anderen, vertrauenswidrige Handlungen eines Gesellschafters, die das gedeihliche Zusammenarbeiten stören, unehrenhaftes Verhalten eines Gesellschafters bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages und vor allen Dingen die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes. Dieser Auflösungsgrund war im alten Handelsgesetzbuch in Art. 125 Ziff. 1 besonders als Auflösungsgrund hervorgehoben. § 723 BGB. führt ihn als ipso iure wirkenden Auflösungsgrund für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft an. Weil darüber, wann Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes vorliegt, Meinungsverschiedenheiten herrschen können, und es sich nicht ohne weiteres wird erkennen lassen, ob der Gesellschaftszweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden sei, ist dieser Auflösungsgrund im heutigen Handelsgesetzbuch nicht besonders hervorgehoben worden[64]). Es ist daher in diesem Falle den Gesellschaftern überlassen, entweder im Wege der Be-

63) Vergl. Düringer-Hachenburg a. a. O. Seite 526.
64) Vergl. auch Denkschrift Seite 104. Dr. O. Wächter a. a. O. Teil II, Anm. 14 zu Art. 125.

schlußfassung die Gesellschaft aufzulösen oder die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung zu beantragen. Der Eintritt der Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes kann auf verschiedene Weise geschehen. Einmal dadurch, daß dem Betriebe des Handelsgewerbes der Gesellschaft selbst Hindernisse entgegentreten, welche diesen rechtlich unstatthaft machen oder dessen Ausübung tatsächlich verhindern. Zum Beispiel, wird der Gewerbebetrieb rechtlich unzulässig, wenn ein gesetzliches Ein- oder Ausfuhrverbot ergeht und das Handelsgewerbe sich mit Ein- und Ausfuhrhandel befaßt. Tatsächlich wird die Erreichung des Gewerbebetriebes zum Beispiel unmöglich, wenn die offene Handelsgesellschaft den Betrieb einer Fähre unterhält und sich die Fähre dadurch erübrigt, daß an dieser Stelle eine Brücke erbaut wird. Weiterhin wird auch von der Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes gesprochen werden können, wenn nämlich der nutzbringende Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft oder deren Betrieb mit einem den Voraussetzungen des Vertrages entsprechenden Nutzen verhindert wird oder sich nur unter ganz besonderen Opfern erwirken läßt, zum Beispiel bei Einführung neuer Zölle. Auch die völlige Verarmung[65]) und die eine längere Zeit ausbleibende Rentabilität des Unternehmens[66]) können die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich machen. Letzten Endes findet sich im Handelsgesetzbuch selbst in den §§ 112, 113 noch ein Beispiel eines wichtigen Grundes, und zwar ein Verstoß gegen das für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft geltende Konkurrenzverbot.

Die Gesellschafter haben die Möglichkeit, gleich bei Festsetzung des Gesellschaftsvertrages Bestimmungen darüber zu treffen, welche Gründe als wichtig anzusehen sind. Sie können aber keine Vereinbarung, die das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausschließen oder beschränken — kraft zwingender Vorschrift des Absatz 3 des § 133 HGB. — treffen. Dagegen können die Gesellschafter die im Gesetz aufgeführten Gründe modifizieren und vermehren. Unzulässig ist es aber, daß durch den Gesellschaftsvertrag ein nach dem Ermessen des Richters wichtiger Grund zu einem unwirksamen erklärt

65) Vergl. von Hahn a. a. O. Seite 552.
66) RG. in LZ. 1907, 139 5; 1908, 62 14, RG. in JW. 1913, 265 5; ROHG. 12, 100—101.

wird[67]). Ebenso ist jede Vereinbarung nichtig durch die der Rechtsweg ausgeschlossen und den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben wird, durch Beschluß über das Vorhandensein der Gründe zu befinden[68]). Die Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes muß dem uneingeschränkten richterlichen Ermessen überlassen bleiben, zumal das Gesetz eben in der gerichtlichen Entscheidung die einzig wirksame Ausübung des Rechtes des Gesellschafters auf vorzeitige Auflösung der Gesellschaft erblickt. Dagegen wird aber eine Vereinbarung dahingehend, daß an Stelle des ordentlichen Gerichts ein Schiedsgericht treten soll, zulässig sein. Das Gesetz hat durch die Worte „gerichtliche Entscheidung" nicht ausschließlich auf das im Einzelfall zuständige Prozeßgericht verweisen wollen, vielmehr kann aus Mangel der näheren Kennzeichnung der Entscheidung auch ein im schiedsrichterlichen Verfahren ergehender Schiedsspruch zu verstehen sein[69]). Ebenso zulässig ist die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage, daß, falls die Voraussetzungen des § 133 HGB. vorliegen, nicht die Auflösung, sondern die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern erfolgen soll, wobei dann der Gesellschafter, der die Auflösung beantragt hat, ausscheiden würde.

Formelle Voraussetzung für die Klage aus § 133 HGB. ist der Antrag eines Gesellschafters und zwar wird bei Vorliegen wichtiger Gründe die Auflösungsklage erhoben werden können, ohne daß die anderen Gesellschafter erst um ihr Einverständnis bezüglich der Auflösung angegangen oder von der Absicht, daß die Klage erhoben werden wird, unterrichtet zu werden brauchen. Die Klage kann von jedem einzelnen Gesellschafter erhoben werden. Es bedarf dazu nicht etwa wie bei dem Antrag auf Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung[70]) und auf Entziehung der Vertretungsmacht[71]) eines Antrages „der übrigen Gesellschafter". Selbst der nicht vertretungsberechtigte und von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter kann den Antrag[72]) auf gerichtliche Entscheidung stellen, da in beiden Fällen ein

67) Vergl. Staub a. a. O. Seite 720, dagegen Goldmann, der letzteres in den Grenzen des § 138 BGB. für zulässig erachtet.
68) Staub a. a. O. Seite 719.
69) RG. Band 71, Seite 254.
70) § 117 HGB.
71) § 1277 HGB.
72) Der eben in der Form der Klage gestellt wird.

solcher Gesellschafter ebenso wie der zur Geschäftsführung befugte und vertretungsberechtigte Gesellschafter die Eigenschaft eines offenen Handelsgesellschafters besitzt, auf die allein es bei der Klageerhebung ankommt. Nur dann wird das eben gesagte eine Einschränkung erleiden, wenn der Antrag auf Auflösung der Gesellschaft in der vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verübten Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung seinen Grund hat. Dann kann derjenige Gesellschafter, welchem die Pflichtverletzung zur Last fällt, den Antrag auf Auflösung nicht stellen. Denn wie bereits oben erörtert, will der Gesetzgeber durch die Worte „ein anderer Gesellschafter" den Gesellschafter von der Klagebefugnis ausschließen, in dessen Person die grobe oder grobfahrlässige Pflichtverletzung ihren Grund hat.

Der Antrag, der wie bereits gesagt, immer der Klageantrag ist, ist beim Prozeßgericht anzubringen. Die Geltendmachung des Rechtes, die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 133 HGB. zu verlangen im Wege der Einwendung genügt nicht. Sie ist auch unzulässig, obwohl das Gesetz nicht gerade von einer Klage spricht. Da aber das Urteil gerade die Auflösung aussprechen soll, muß der verfügende Teil des Urteils diesen Ausspruch erhalten, was eben nur auf Grund einer Klage, (oder Widerklage) geschehen kann[73]).

Die Klageerhebung unterliegt nicht, da ihr nicht die Bedeutung einer Auflösungserklärung zukommt, den Grundsätzen nach welchen sich die Kündigung regelt. Die Klage kann daher zurückgenommen werden. Sie ist durch Angabe von Tatsachen, die als wichtige Gründe die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen, zu substanzieren[74]). Ergänzung und Berichtigung der tatsächlichen Anführungen sind zulässig[75]). Dagegen wird, da jeder einzeln geltend gemachte Auflösungsgrund für sich ein Klagefundament bildet, das nachträgliche Vorbringen eines neuen Grundes als Klageänderung anzusehen und nur nach Maßgabe des § 264 ZPO. zulässig sein.

Ueber die Frage, gegen wen die Klage zu richten ist, herrscht Streit. Die von Brand[76]) vertretene Ansicht, die Erhebung der Klage sei auch gegen die Gesellschaft zulässig, ist abzulehnen; die Gesellschaft ist nicht Subjekt des Rechts-

73) Vergl. auch Staub-Pinner a. a. O. Seite 715.
74) § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO.
75) § 268 Ziff. 1 ZPO.
76) Brand a. a. O. Seite 284.

verhältnisses, sondern Objekt. Da über die Rechtsverhältnisse sämtlicher Gesellschafter entschieden werden soll und es sich dabei um Willenserklärungen unter den Gesellschaftern handelt, so ist die Klage gegen die Mitgesellschafter zu erheben[77]). Es fragt sich nur, ob die Klage gegen sämtliche oder nur gegen diejenigen Gesellschafter zu richten ist, welche der Klageerhebung widersprochen haben. M. E. muß die Klage gegen sämtliche Gesellschafter erhoben werden und zwar aus folgenden Gründen: die Auflösung wird nur durch die gerichtliche Entscheidung bewirkt. Alle Gesellschafter müssen daher als Kläger oder als Beklagte beteiligt sein. Die Urteile mit rechtsändernder Wirkung — das Urteil aus § 133 HGB. gehört dazu — müssen zwischen den zur Sache legitimierten Personen ergehen. Da als solche Personen die an dem Rechtsverhältnis Beteiligten in Frage kommen, so kommen, als an dem Gesellschaftsverhältnis beteiligt, sämtliche Gesellschafter bei der Klageerhebung in Betracht[78]). Da das Urteil ein sämtliche Gesellschafter bindendes Rechtsverhältnis ändert, so ist auch nur einheitliche Feststellung möglich.

Zuständig für die Klage ist sowohl das Gericht des Wohnsitzes[79]) der Gesellschafter, als auch das Gericht des Gesellschaftssitzes[80]).

Der Inhalt der gerichtlichen Entscheidung ist der Anspruch der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft. Das Urteil hat konstitutiven nicht deklaratorischen Charakter. Unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches war diese Frage stark bestritten. Die Wissenschaft und Praxis hat sich aber angesichts des klaren Wortlautes des § 133 HGB. einstimmig der von Kayßner[81]) begründeten und von

---

77) Derselben Ansicht sind Düringer-Hachenburg a. a. O. Seite 542; Lehmann-Ring a. a. O. Seite 290.

78) Derselben Ansicht sind Düringer-Hachenburg a. a. O. Seite 542/43, Brand a. a. O. Seite 384; Lehmann-Ring a. a. O. Seite 290. Warneyer-Koppe a. a. O. Anm. 1 zu § 133 HGB. Ritter das Handelsgesetzbuch 1910. Anderer Ansicht Staub-Pinner Seite 714—15. Goldmann a. a. O. Seite 592. Der Ansicht Staubs wird nicht beizutreten sein. Wenn sich ein zustimmender Gesellschafter nicht der Gefahr der Kostentragung aussetzen will, so mag er sich dem Kläger anschließen. Vergl. auch Düringer-Hachenburg a. a. O. Seite 543.

79) § 12 ZPO.

80) § 22 ZPO.

81) Die Erhaltung der Handelsgesellschaft, Berlin 1870.

Staub ausgebauten Lehre der rechtserzeugenden Wirkung des Auflösungsurteils angeschlossen[82]).

Der § 133 Abs. 1 HGB. spricht davon, daß die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden kann. Es fragt sich daher, ob der Richter, wenn das Ergebnis dahin geht, daß ein wichtiger Auflösungsgrund vorliegt, verpflichtet ist, die Auflösung auszusprechen, oder ob er selbst beim Vorliegen eines wichtigen Grundes sich an den Wortlaut des § 133 Abs. 1 HGB. halten kann, und die Auflösung nicht auszusprechen braucht. Das Reichsgericht[83]) vertritt die letztere Ansicht. Den Ausführungen des Reichsgerichts ist m. E. nicht beizustimmen. Wenn man der Ansicht des Reichsgerichtes über die in jeder Hinsicht freie Stellung des Richters folgen wollte, so müßte man zu dem Schluß kommen, daß der Richter die Klage mit einer ganz allgemein gehaltenen Begründung selbst ohne jede Motivierung abweisen könnte. Es wird keinem Zweifel unterliegen, daß das Gericht nach freiem Befinden zu entscheiden hat, ob ein wichtiger Auflösungsgrund vorliegt, und zwar ob ein wichtiger, die Auflösung im konkreten Einzelfalle, rechtfertigender Grund gegeben ist. Kommt der Richter aber zu dem Ergebnis, daß ein solcher wichtiger Grund gegeben ist, so ist er verpflichtet, die Auflösung auszusprechen[84]).

Durch den rechtskräftigen Richterspruch wird die Gesellschaft aufgelöst. Wie bereits in § 1 dieser Abhandlung

---

82) Lehmann-Höniger, Lehrbuch des Handelsrechts Berlin und Leipzig 1921, Seite 265, Lehmann-Ring a. a. O. Seite 290; Düringer-Hachenburg a. a. O. Seite 542; Ritter a. a. O. Seite 182; Makower a. a. O. Seite 358; Brand a. a. O. Seite 384; Wieland a. a. O. Seite 674; Staub-Pinner a. a. O. Seite 715; Warneyer-Koppe a. a. O. Anm. 1 zu § 133; Litthauer-Mosse a. a. O. Anm. 4 zu § 133; RG. Band 71, Seite 255 f.

83) RG. Band 105, Seite 378.

84) Der Ansicht des Reichsgerichts ist auch noch Planks Einführung in die Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches (Plank, Kommentar zum BGB., Band 1, allgem. Teil, Berlin 1913, S. III) entgegenzuhalten. Zutreffend wird dort ausgeführt, daß, wenn von einer Behörde gesagt wird, daß sie etwas tun kann, dadurch nicht allein die rechtliche Zulässigkeit des Tuns bestimmt wird, sondern zugleich ausgedrückt, da die Behörde dasjenige, was sie tun kann, auch zu tun hat, wenn nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen sie nach der Absicht des Gesetzes oder nach den für die Behörde geltenden besonderen Vorschriften von der Gestaltung des Tuns Gebrauch machen soll. Vergl. auch Staub-Pinner a. a. O. Seite 716.

ausgeführt, hat die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nicht den unmittelbaren Existenzverlust zur Folge. Die Verbundenheit unter den Gesellschaftern bleibt weiter bestehen. Die offene Handelsgesellschaft wird Abwickelungsgesellschaft. Der Erwerbszweck wird ersetzt durch den Auseinandersetzungszweck. Die produktive Erwerbstätigkeit hört auf und die Gesellschaft tritt in das Abwickelungsstadium. Da von dem Zeitpunkt der Auflösung an bis zu dem Zeitpunkt, in welchem es gelungen ist, die Gesellschaft aus allen rechtlichen und wirtschaftlichen Verkettungen zu lösen, so daß kein mehr zu verteilendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, die Gebundenheit der Gesellschafter untereinander unverändert fortbesteht, können die Gesellschafter, ebenso wie bei den bisher behandelten Auflösungsgründen, die Gesellschaft auch auf Grund eines einstimmig gefaßten Beschlusses fortsetzen.

Damit endet die Untersuchung der einzelnen Auflösungsgründe, die ja wie wie im III. Abschnitt gezeigt worden ist in § 131 HGB. erschöpfend aufgezählt sind, so daß weitere Auflösungsgründe nicht in Frage kommen.

V. Abschließende Zusammenfassung.

Sämtliche Auflösungsgründe haben wie oben gezeigt, die Tendenz, daß durch Gesellschaftsvereinbarung die alte offene Handelsgesellschaft wieder in das gleiche Rechtssubjekt zurückverwandelt werden kann.

Tritt also ein der in § 131 HGB. bezeichneten Auflösungsgründe ein, so ist das Ende der Gesellschaft noch nicht da. Es bedarf vielmehr noch der Abwickelung[1]). Ein Zustand, der die Lösung des gesellschaftlichen Bandes der Gesellschafter untereinander und die Lösung sämtlicher Verpflichtungen zu Dritten zum Ziele hat und der n a c h Eintritt dieser Lösungen die Gesellschaft beendet. Während dieses Zustandes können die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß die Gesellschaft wieder fortsetzen .Das Gesetz hat dies zwar nur für den konkursrechtlichen Fall anerkannt[2]). Damit werden aber die anderen Fälle, wie bereits bei der Behandlung der einzelnen Auflösungsgründe und insbesondere in Abschnitt II über den Begriff der Auflösung

1) Die Liquidation, sofern nicht ein anderes vereinbart ist.
2) § 144 HGB.; Dr. Paul Kaufmann a. a. O. S. 3.

dargetan, nicht ausgeschlossen[3]). Rechtslehre und Rechtsprechung erkennen ganz allgemein diese Möglichkeit an[4]). Es darf nur nicht die Gesellschaft durch endgültige Aufgabe des Geschäftsbetriebes und durch vollendete Abwicklung ihrer Angelegenheit, d. h. Lösung sämtlicher Rechtsbeziehung zu Dritten voll beendigt sein[5]). Daraus ist m. E. zu schließen, daß keiner der Auflösungsgründe des § 131 Ziff. 1—6 die Gesellschaft zwingend dem Ende entgegen treibt.

Wenn die Kommentatoren des Handelsgesetzbuches davon sprechen, daß die Auflösungsgründe des § 131 HGB. teils zwingend, teils nachgibiger Natur sind, so hat dies m. E. folgende Bedeutung: Unter nachgibig soll verstanden werden, daß die Gesellschafter vor Eintritt eines Auflösungsgrundes in die Lage versetzt sind, diesen durch Parteivereinbarung aus der Welt zu schaffen. Unter zwingend soll verstanden werden, daß der Eintritt der Auflösungstatsache dem Willen der Gesellschafter entzogen sein soll, d. h. daß zunächst einmal der Schwebe- oder Zwischenzustand der Abwicklung eintritt.

Als solche „zwingend" die Auflösung herbeiführende Tatsachen werden der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen, der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters und der Tod eines Gesellschafters sofern im Gesellschaftsvertrage nicht etwas anderes bestimmt ist, zu bezeichnen sein. Aber auch bei diesen Auflösungstatsachen kann die Gesellschaft als altes Rechtssubjekt wieder fortgesetzt werden[6]). Dies entspricht auch ganz dem Sinne des Gesetzgebers, der die offene Handelsgesellschaft dauerhaft gegen äußere Einflüsse gestaltet wissen wollte[7]). Man kann

3) KG. in LZ. 08, 82; KGJ. 44 A 130; RG. 106, 63; KG. in JW. 1925 6407; Dr. Paul Kaufmann a. a. O. S. 3.

4) KGJ. 25 A 78; OLG. Frankfurt bei Goldstein 16, 17; OLG. Karlsruhe in OLGR. 41, 200 und RG. in Warn. Rechtspr. 8, 230.

5) Dr. Paul Kaufmann a. a. O. S. 6.

6) Die Fortsetzungsmöglichkeit für beide Konkurse ergibt sich aus dem Gesetz §§ 144, 138, 145 HGB. vgl. auch Abschnitt IV, 1), 5). Bei Eintritt des Auflösungsgrundes durch den Tod eines Gesellschafters gibt das KG. sogar den Erben, ohne daß die in § 139 vorausgesetzte Vereinbarung getroffen ist, die Möglichkeit, die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern fortzusetzen. Vergl. KGJ. 26 A 219 und 39 A 112. Staub a. a. O. S. 705.

7) Vergl. Dernburg, Das bürgerliche Recht, II. Bd. 2. Abt. Halle 1901, S. 565.

also auch in diesen drei Fällen nicht davon reden, daß die Gesellschaft zwingend der Beendigung entgegengeführt wird und daß den Gesellschaftern nichts anderes übrig bleibt, als die Gesellschaft zu beenden.

Schluß.

Die Folgen der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft ist eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache[1]). Abgesehen von der Eintragung der Auflösung durch Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft ist jeder Fall der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft dem Handelsregister anzumelden und einzutragen. Selbst dann wird die Auflösung angemeldet werden müssen, wenn die Zeit, für welche eine Gesellschaft eingegangen ist, abgelaufen ist, wenn sich also der Eintritt der Auflösungstatsache schon aus dem Handelsregister ergibt[2]). Anmeldungsbedürftig allein ist die Tatsache der Auflösung, der Grund selbst der zur Auflösung geführt hat, braucht nicht angegeben zu werden. Sämtliche Gesellschafter sind zur Anmeldung verpflichtet[3]). An die Stelle eines verstorbenen Gesellschafters treten dessen Erben. Jedoch mit der Maßgabe, daß, falls diese nur unter großen Schwierigkeiten und Zeitverlust zu ermitteln sein würden, die Eintragung ohne die Erben erfolgen kann, wenn anzunehmen ist, daß der Tod dieses Gesellschafters die Auflösung zur Folge gehabt hat[4]). Verweigert ein Gesellschafter die Mitwirkung zur Anmeldung und Eintragung, so können die anderen Gesellschafter diesen im Wege der Klage zur Mitwirkung zwingen. Zu bewirken ist die Anmeldung bei jedem Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung hat.

Ist die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft ins Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht, so wirkt diese Tatsache gegen jeden Dritten, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte[5]). Die Tatsache

1) Und zwar eine einzutragende Tatsache im Sinne des § 15 HGB.
2) Denkschrift Seite 109.
3) § 143 HGB.
4) § 143 HGB., Abs. 3.
5) § 15 HGB.

der Auflösung wirkt nicht gegen Dritte, wenn sie nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht worden ist. Obwohl die Gesellschaft trotzdem aufgelöst ist, gilt sie dem Dritten gegenüber als fortbestehend, es sei denn, daß der Dritte von der Auflösung auf irgend eine Art und Weise Kenntnis erhalten hat. Derjenige, der sich auf diese Kenntnis des Dritten beruft, muß sie ihm dann beweisen. Von besonderer Wichtigkeit ist der Tag, an welchem die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Mit seinem Ende beginnt nämlich für die Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft[6]) eine besondere fünfjährige Verjährungsfrist, sofern nicht der Anspruch selbst einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegt.

Ist eine der in § 131 HGB. Ziff. 1—6 aufgeführten Auflösungstatsachen eingetreten, so ist die nächste Folge der Auflösung, daß die Gesellschaft in das Auseinandersetzungsstadium eintritt. Die Gesellschaft selbst ändert sich nicht, sie bleibt die alte. Sie ist nur in ein anderes Stadium getreten. Dies kommt äußerlich dadurch zum Ausdruck, daß die Liquidatoren gemäß § 153 HGB. ihre Unterschrift in der Weise abgeben, daß sie bei der Unterschrift der Firma diese als Liquidationsfirma bezeichnen.

Ist nichts anderes von den Gesellschaftern vereinbart, so ist die Form der Auseinandersetzung die Liquidation der Gesellschaft[7]). Ist überhaupt kein Gesellschaftsvermögen vorhanden, zum Beispiel, wenn die Gesellschafter wegen des nahe bevorstehenden Zeitablaufes, für welchen die Gesellschaft eingegangen ist, bereits vorher die Schulden bezahlt und die schwebenden Geschäfte abgewickelt und das restierende Gesellschaftsvermögen verteilt haben, so kann auch keine Liquidation eingeleitet werden[8]). Sonst haben die Gesellschafter darauf, daß liquidiert wird, einen rechtlichen Anspruch[9]).

Gemäß § 156 HGB. kommen bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander, sowie der Gesellschafter zu

6) § 159 HGB.
7) §§ 145—158 HGB.
8) RG. Band 40, Seite 31. In welchem Falle die Firma ohne Liquidation erlischt und die Gesellschafter die Löschung zum Handelsregister anzumelden haben.
9) ROHG., Band 22, S. 204.

Dritten, die Vorschriften des zweiten und dritten Titels zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt, das will heißen, daß in Bezug auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften für die bestehende Gesellschaft zur Anwendung kommen, aber nur soweit, als die Vorschriften über die Liquidation in den §§ 145—158 HGB. oder der Zweck der Liquidation selbst nicht entgegensteht. Danach erlöschen die bestehenden Prokuren[10]). Der für die offene Handelsgesellschaft bestellte Prokurist wird, da eine Liquidationsgesellschaft weder einen Prokuristen bestellen noch einen solchen haben kann, nur noch die Machtbefugnis mit den sich aus § 149 HGB. ergebenden Abgrenzungen eines Handlungsbevollmächtigten haben[11]). Ebenso entfallen die Vorschriften der §§ 112, 113 HGB. über das Konkurrenzverbot, da eine Beeinträchtigung, wie sie die §§ 112, 113 HGB. zu Gunsten des bestehenden Geschäftsbetriebes der offenen Handelsgesellschaft ausschalten wollen, nicht mehr stattfinden kann, weil die offene Handelsgesellschaft in der Liquidation ihren Geschäftsbetrieb lediglich auf die Abwickelung der schwebenden Geschäfte beschränkt. Die Gesellschafter dürfen von ihrer Befugnis gemäß § 122 Abs. 1 HGB. auch keinen Gebrauch mehr machen, da § 155 Abs. 2 HGB. dies ausdrücklich bestimmt. Als Aequivalent wird gemäß § 155 Abs. 2 HGB. das während der Liquidation entbehrliche Geld vorläufig verteilt. Ebenso hört als Folge der Auflösung die Vertretungsbefugnis und Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter, die bisher zur Geschäftsführung und zur Vertretung berechtigt waren, auf. Die Liquidatoren treten an die Stelle dieser Gesellschafter. Entweder wird das Amt des Liquidators nach dem Gesellschaftsvertrage einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen oder, falls dies im Vertrage nicht vorgesehen oder von den Gesellschaftern in dieser Weise beschlossen wurde, von sämtlichen Gesellschaftern versehen[12]).

Ohne weiteres erlischt dagegen die Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters nicht. Er muß von der Auf-

10) Die Aufhebung des Handelsgewerbes, für welches der Prokurist bestellt war, wird regelmäßig als Widerruf der Prokura zu gelten haben. Vergl. auch von Hahn, Art. 54, § 9.

11) Vergl. auch RG. Band 72, S. 123, ROHG. 13, 224.

12) § 146 HGB.

lösung Kenntnis erhalten haben. Bis dahin gilt gemäß § 136 HGB. die Gesellschaft zu seinen Gunsten als fortbestehend, es sei denn, daß die Gesellschaft durch Kündigung aufgelöst wurde. In diesem Falle muß ihm ja der Eintritt der Auflösung bekannt sein, da die Kündigung jedem einzelnen Gesellschafter gegenüber zu erfolgen hat. Ebenso erlischt die Geschäftsführungsbefugnis nicht im Falle der Auflösung durch den Tod oder den Konkurs eines Gesellschafters. Hat der Gesellschafter sonst bis zur Kenntnis der Auflösung das Recht zur Geschäftsführung, so hat er in diesen beiden Fällen gemäß § 137 HGB. die Pflicht dazu[13]).

Die Liquidatoren sind von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden[14]). Sie haben zunächst eine Bilanz aufzustellen, alsdann haben sie die laufenden Geschäfte zu beenden, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen[15]). Sie vertreten zu diesem Zweck die Gesellschaft nach außen und haben die Geschäftsführung der Gesellschaft nach innen. Grundsätzlich haben Sie nur Gesamtvertretungsmacht und zwar nur soweit als es dem Zwecke der Liquidation entspricht. Die Vertretungsmacht ist aber in diesem Umfange Dritten gegenüber unbeschränkbar[16]).

Haben die Liquidatoren die Liquidation beendet, so haben sie eine Schlußbilanz aufzustellen und das nach Befriedigung aller Gläubiger übrig bleibende Vermögen unter die Gesellschafter nach Maßgabe der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, zu verteilen. Gemäß § 157 HGB. ist dann das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzu melden.

---

13) Unter Fortführung der Geschäfte ist aber nicht nur die interne Geschäftsführung zu verstehen, sondern auch soweit das die Fortführung der Geschäfte mit sich bringt die Vertretung der Gesellschaft nach außen.

14) § 148 HGB.

15) § 149 HGB.

16) § 151 HGB.

Lebenslauf.

Ich bin am 1. November 1895 als Sohn des kaufmännischen Direktors Julius Neumann in Katharinahütte (Russ.-Polen) geboren, bin katholisch und preußischer Staatsangehöriger. Bis zu meinem neunten Lebensjahre besuchte ich die Volksschule in Beuthen OS., daraufhin die humanistischen Gymnasien in Myslowitz und Kattowitz OS. 1917 legte ich in Leobschütz OS. die Reifeprüfung ab. Im Jahre 1914 trat ich als Kriegsfreiwilliger bei dem Reserveregiment 230 ein. Am 6. November 1915 wurde ich unter gleichzeitiger Versetzung zum 2. Garde-Reserveregiment zum Leutnant der Reserve ernannt. Vom Sommersemester 1921 ab habe ich die Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität in Breslau studiert, und zwar vier Semester, dann folgte eine Unterbrechung des Studiums bis 1926. Jm Wintersemester 1926 nahm ich das Studium wieder auf und habe am 7. Juni 1929 am Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung bestanden. Daraufhin bin ich dem Amts- und Landgericht in Gleiwitz zur Ausbildung überwiesen worden. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 17. Juli 1929 abgelegt.